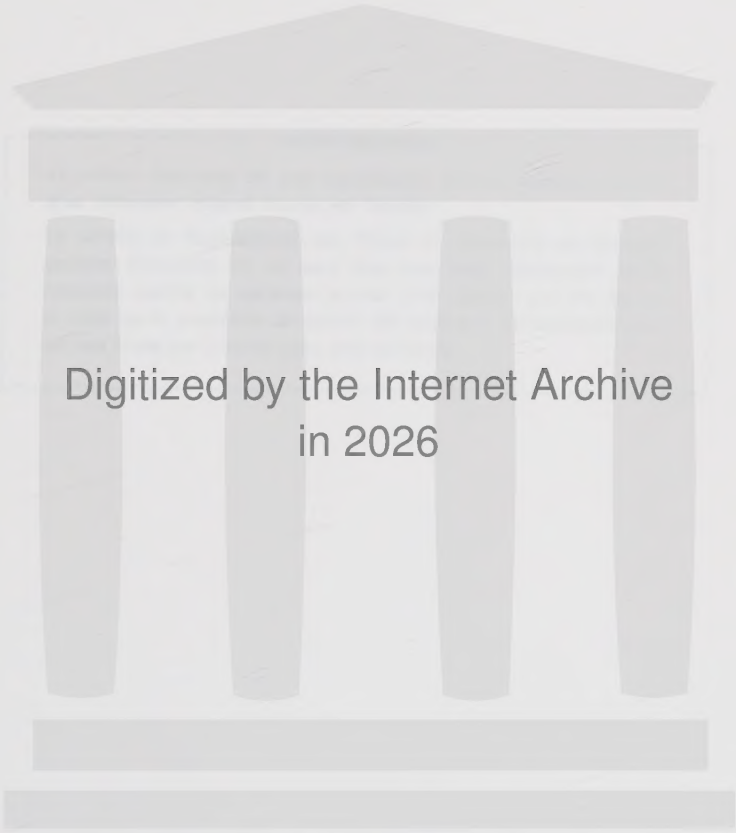
UNIVERSITE DE STRASBOURG

LA POSSESSION EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET ALLEMAND

Pierre ORTSCHEIDT

1977

grenoble
ORI


Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548001_0003

AVERTISSEMENT

Le présent document est une reproduction faite en réduction (33 %) **d'un document original fourni par l'auteur**

Le Service de Reproduction des Thèses de l'Université des Sciences Sociales (Grenoble II) ne peut être tenu pour responsable de la mauvaise qualité de certaines parties. Seul l'auteur qui n'a pas eu le loisir ou la possibilité de fournir des originaux correspondant aux normes fixées par l'Atelier peut être incriminé

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

UNIVERSITE DE STRASBOURG

LA POSSESSION EN DROIT CIVIL FRANÇAIS ET ALLEMAND

Pierre ORTSCHEIDT

Thèse pour le doctorat d'état en droit
présentée et soutenue publiquement en 1977
sous la présidence de M. le Professeur A. Rieg

SERVICE DE REPRODUCTION DES THESES DE
L'UNIVERSITÉ DES SCIENCES SOCIALES DE GRENOBLE

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

TABLE DES MATIERES

Page

Liste des principales abréviations 11
Ouvrages cités par le seul nom de l'auteur 15
I N T R O D U C T I O N 17

PREMIERE PARTIE : LA NOTION DE POSSESSION 27

Chapitre premier : L'appréhension de la possession 29

Section I : La place de la possession 30

Section II : la nature juridique de la possession 71

Chapitre II : La réalisation de la possession 93

Section I : Les éléments constitutifs de la possession..... 93

Sous-section I : Le corpus..... 94

Sous-section II : L'animus 113

Section II : La distinction entre possession et détention..... 132

Sous-section I : le critère de la détention..... 133

Sous-section II : la portée de la détention 159

Chapitre III : Les conditions de l'efficacité de la possession 181

Section I : Détermination des vices de la possession 182

Section II : Portée de l'inefficacité 202

Chapitre IV : L'exercice de la possession 211

Section I : Le possesseur 211

Section II : L'acquisition et la perte de la possession 225

DEUXIEME PARTIE : LES EFFETS DE LA POSSESSION 261

Chapitre premier : la protection possessoire 263

Section I : La protection de la possession 264

Sous-section I : Le fondement et le domaine de la protection possessoire 264

Sous-section II : Les actions possessoires 276

Sous-section III : La protection possessoire indirecte..... 366

Section II : La protection du possesseur 379

Chapitre II : La possession, mode d'acquisition des droits réels 406

Section I : Acquisition de la propriété mobilière..... 406

Sous-section I : L'occupation..... 407

Sous-section II : L'acquisition "a non domino"..... 426

Sous-section III : L'acquisition de la propriété fondée sur un titre présumé 486

Sous-section IV : La prescription acquisitive mobilière..... 503

Section II : Acquisition de la propriété immobilière 517

Section III : Acquisition des fruits et revenus..... 564

Chapitre III : La possession et la création d'une situation juridique nouvelle 575

Section I : Transfert de la possession et transfert de la propriété 576

Section II : Possession et contrats réels 588

CONCLUSION GENERALE 597

BIBLIOGRAPHIE 603

TABLE ANALYTIQUE DES MATIERES 627

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS.

I. - France.

Al. ..... Alinéa.
Bull. ..... Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation.
Cass. ..... Cour de cassation.
Cf. ..... Conférer, comparer.
Ch. réun. ..... Chambres réunies de la Cour de Cassation.
Chr. ..... Chronique.
C. civ. ..... Code civil.
C. proc. civ. ..... Code de procédure civile.
Civ. ..... Arrêt de la Chambre ou de la Section civile de la Cour de Cassation.
Com. ..... Arrêt de la Chambre ou de la Section commerciale et financière de la Cour de Cassation.
Comp. ..... Comparer.
C.R.C.C. ..... Travaux de la Commission de réforme du Code civil.
Crim. ..... Arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de Cassation.
D. ..... Recueil Dalloz.
D. A. ..... Dalloz analytique.
D. C. ..... Dalloz critique.
D. H. ..... Dalloz hebdomadaire.
D. P. ..... Dalloz périodique.
Encycl. Dalloz,
Rép. civ. ..... Encyclopédie juridique Dalloz - Répertoire de Droit civil.
G. P. ..... Gazette du Palais.
I. R. ..... Informations rapides in Recueil Dalloz.
J. ..... Jurisprudence in Recueil Dalloz.
J.C.P. ..... Jurisclasseur périodique ou Semaine juridique.

J. O. ..... Journal officiel.
Obs. ..... Observations.
Op. cit. ..... Ouvrage précité.
Rép. Défr. ..... Répertoire Défrenois.
Req. ..... Arrêt de la Chambre des requêtes de la Cour de Cassation.
Rev. crit. ..... Revue critique de législation et de jurisprudence.
Rev. jur. Est. .... Revue juridique de l'Est.
Rev. trim. dr. civ. Revue trimestrielle de droit civil.
R. G. A. T. ..... Revue générale des assurances terrestres.
S. ..... 1. Recueil Sirey ; 2, Sommaire.
Soc. ..... Arrêt de la Chambre ou de la Section sociale de la Cour de cassation.
Trib. civ. ..... Tribunal civil.
Trib. corr. ..... Tribunal correctionnel.
V. ..... Voir .
V° ..... Verbo (au mot).

II. - Allemagne.

A.c.P. ..... Archiv für die civilistische Praxis (Revue).
Anm. ..... Anmerkung (Remarque).
Arch. Bürg. R. .... Archiv für Bürgerliches Recht (Revue).
B. G. B. ..... Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil allemand).
B. G. Bl. ..... Bundesgesetzblatt.
B. G. H. ..... Bundesgerichtshof (Cour fédérale de Justice).
B. G. H. Z. ..... Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Recueil des décisions de la Cour Fédérale de Justice).
Diss. ..... Dissertation (Thèse).
Dogm. J. ..... Jahrbuch für Dogmatik ou Ihrerings Jahrbücher (Revue).
Fam. R. Z. ..... Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (Revue).
F. Z. ..... Fundhefte für Zivilrecht (Répertoire doctrinal et jurisprudentiel de droit civil.)

Gruchot. ..... Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (Revue).

H. G. B. ..... Handelsgesetzbuch (Code de commerce).

Jher. J. ..... Voir Dogm. J.

J. R. ..... Juristische Rundschau (Revue).

JuS. ..... Juristische Schulung (Revue).

J. W. ..... Juristische Wochenschrift (Revue).

J. Z. ..... Juristenzeitung (Revue).

K. G. ..... Kammergericht (Cour d'appel de Berlin).

L. G. ..... Landgericht (Tribunal de 1re Instance).

L. M. ..... Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs von Lindenmaier und Möhring (Recueil de décisions de la Cour fédérale de Justice, commentées selon l'ordre des paragraphes du B. G. B.).

L. Z. ..... Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Revue).

M. D. R. ..... Monatsschrift für Deutsches Recht (Revue).

N. J. W. ..... Neue Juristische Wochenschrift (Revue).

O. L. G. ..... Oberlandesgericht (Cour d'appel).

Rabels. Z. ..... Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht von Rabel (Revue).

Recht ..... Das Recht (Revue).

R. G. ..... Reichsgericht (Tribunal d'Empire).

R. G. R. - Komm. .. Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar hergegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (Commentaire du B. G. B. par les conseillers du Reichsgericht et les juges fédéraux).

R. G. St. ..... Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Recueil des décisions du Tribunal d'Empire en matière pénale).

R. G. Z. ..... Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Recueil des décisions du Tribunal d'Empire en matière civile).

SeuffA. ..... Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte (Recueil de jurisprudence).

Vorbem. ..... Vorbemerkung (Remarque préminaire).

Z. H. R. ..... Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Revue).

OUVRAGES CITES PAR LE SEUL NOM DE L'AUTEUR

A. FRANCE.

AUBRY et RAU. - Cours de droit civil français, T. II, 7e éd., par P. ESMEIN. 1961 .

BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER. - Traité de la prescription, 4e éd., 1925.

CARBONNIER (J.). - Droit civil, les Biens, P.U.F., Coll. Thémis, 7e éd., 1973.

FLOUR (J.) et AUBERT (J.L.). - Les obligations, 1er vol., 1975.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.). - Droit civil, T. II, 2e vol., 1965.

MAZEAUD (H.L.) et (J.). - Leçons de droit civil, T. II, 2e vol., 5e éd., 1976.

PLANIOL et RIPERT. - Droit civil, T. III, par M. PICARD, 2e éd., 1952.

RIPERT et BOULANGER. - Traité de droit civil d'après le traité de Planiol, T. II, 1957.

SOLUS (H.) et PERROT (R.). - Droit judiciaire privé, T. I, Paris, 1961.

STARCK (B.). - Droit civil des obligations, Paris, 1972.

VINCENT (J.). - Procédure civile, Dalloz, 17e éd., 1974.

WEILL (A.). - Droit civil, les Biens, 2e éd., Dalloz, 1974.

B. ALLEMAGNE.

BAUR (F.). - Sachenrecht, 8e éd., 1975.

EICHLER (H.). - Institutionen des Sachenrechts, Band II, Halbband 1, 1957.

GIERKE (J. von). - Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4e éd., 1959.

HECK (PH.). - Grundriss des Sachenrechts, Tübingen, 1930.

HEDEMANN (J. W.). - Sachenrecht des B. G. B., 3e éd., 1960.

LENT (F.). - Sachenrecht, 11e éd., par SCHWAB (K.H.), 1966.

PALANDT u. a. . - Bürgerliches Gesetzbuch, 34e éd., 1975.

PLANCK-BRODMANN. - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. III, Sachenrecht, 5e éd., 1933.

REICHSGERICHTSRAETE. - Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches (R.G.R. - Komm.), 11e éd., 1959 ; §§ 854-872, 12e éd., 1975 ; §§ 929-945, 12e éd., 1975.

SOERGEL-SIEBERT. - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. IV, 10e éd., 1968.

STAUDINGER (J. von). - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 1 Teil, §§ 854-1017, 11e éd., par BERG (H.), RING (J.) et SEUFFERT (G.), 1956.

WESTERMANN (H.). - Lehrbuch des Sachenrechts, 6e éd., 1969.

WOLFF-RAISER. - Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts von ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Band III, Sachenrecht, von WOLFF-RAISER, 10e éd., 1957.

INTRODUCTION

I. - Deux événements permettent de considérer l'année 1900 comme marquant une étape particulièrement importante dans l'histoire du droit comparé. Tout d'abord, 1900 est l'année où s'ouvre à Paris un Congrès international de droit comparé, convoqué à l'initiative de la Société de législation comparée. Pour ses participants, ce Congrès a été l'occasion d'une véritable profession de foi envers le droit comparé en tant que science nouvelle, indépendante et autonome (1). Cet évènement s'accompagne de la signature à La Haye d'un certain nombre de conventions unifiant les règles du droit international privé en matière de procédure (1896-1905), de mariage, de divorce et de tutelle (1902-1905), de successions et de testaments (1905). Nul doute, il s'était ainsi créé un climat favorable à la science comparative.

Mais 1900 est également la date de l'entrée en vigueur du Code civil allemand (B. G. B.). Or, du point de vue du droit comparé, la promulgation du B. G. B. fut intéressante à un double titre. D'une part, l'élaboration du nouveau Code civil allemand devait beaucoup aux méthodes comparatives. Le fait même que l'on décida d'unifier le droit civil allemand par la confection d'un Code commun à tous les Etats s'inspirait de l'exemple français. Le B. G. B. marquait ainsi le triomphe des partisans de la codification sur les tenants de l'Ecole historique, dont le fondateur et le chef était Savigny. D'autre part, et surtout, l'avènement du B. G. B. donna un essor considé-

(1) M. ANCEL, Utilité et méthodes du droit comparé, 1971, p. 17.

rable aux travaux de droit comparé : à partir de 1900, le thème prépondérant de toute comparaison va être "la confrontation du vieux Code Napoléon avec le jeune B. G. B." (2).

II. - Parmi tous les sujets possibles de comparaison, la possession occupe une place non négligeable. Il est vrai qu'elle fut l'objet de controverses bien avant que n'intervienne la promulgation du B. G. B., controverses qui s'apparentaient fort à une querelle entre "anciens" et "modernes". Certes, toutes les discussions ne se situaient pas au niveau du droit français ou du droit allemand ; elles prenaient racine dans l'interprétation du droit romain. Nul doute, en effet, que la possession ait eu un rôle éminent dans l'élaboration des concepts qui peu à peu formèrent l'ossature du droit romain. Ce dernier allait donc être le terrain privilégié sur lequel s'affronteraient les opinions les plus diverses. Défendue par Savigny, la thèse de l'école classique se borne à voir dans la possession un état de fait qu'on ne saurait interpréter qu'en fonction de l'exercice du droit de propriété ou, à tout le moins, de celui d'un droit réel. Et dans les rapports entre le possesseur et sa chose, l'élément subjectif, l'animus domini, est aussi important que la maîtrise physique, le corpus (3). Pareille conception aboutit à consacrer un système relativement restrictif. Puisque la possession suppose deux éléments constitutifs, un corpus auquel doit se joindre un animus domini, est seul possesseur celui qui entend exercer un droit réel. Les conséquences d'un tel choix sont connues : privé d'animus domini, le possesseur n'est plus qu'un détenteur. Et c'est bien la solution qui fut consacrée en 1804 par le Code civil. Pour ce dernier, la possession ne peut se réduire à un élément matériel, solution qui conduirait à mettre sur un pied d'égalité le possesseur et le détenteur. En réalité, tout s'oppose à ce que ce dernier soit considéré comme un possesseur. Recevant le bien de celui qui en est le véritable propriétaire, il ne peut méconnaître l'obligation de restitution ainsi mise à sa

(2) M. ANCEL, ibidem, p. 21.

(3) SAVIGNY, Das Recht des Besitzes, 7e éd., 1865.

charge. En d'autres termes, l'acte juridique qui à la fois engendre et légitime les pouvoirs du détenteur, constitue la "causa detentionis", c'est-à-dire l'obstacle définitif à tout animus domini. C'est donc effectivement cet élément psychologique qui suffit à caractériser la possession et qui, par voie de conséquence, la distingue de la détention.

Pour contrecarrer cette thèse, il était nécessaire de mettre en cause l'une de ses deux composantes. Ce ne pouvait être le corpus : quelle que soit l'idée que l'on se fait de la possession, elle est avant tout un état de fait que seul un pouvoir de maîtrise peut traduire correctement. Il n'y avait donc que l'animus domini à offrir la possibilité d'enfoncer une brèche dans le système de Savigny. C'est de cette faculté dont usa Jhering en contestant avec vigueur le rôle traditionnellement dévolu à l'élément psychologique (4). A ses yeux, l'animus ne peut exister à titre d'élément autonome. La volonté du possesseur s'insère dans son corpus et la possession se limite à un état de fait, indépendant de l'intention qui anime son titulaire. Bien évidemment, il en résulte que possession et détention ne font plus qu'un, la dernière étant absorbée par la première. En réduisant la possession à un seul élément, le corpus, l'opinion d'Jhering conduit sans conteste à une thèse purement objective. Cependant, dès à présent, il convient de préciser les limites que s'était fixé Jhering lui-même. Fidèle aux conceptions romaines, l'éminent jurisconsulte acceptait de reconnaître l'existence d'une détention. En fait, à son avis, tout devait se situer sur le terrain de la preuve. Tant que la réalité d'une "causa detentionis" n'était pas établie, toute personne qui détenait un bien devait être qualifiée de possesseur. C'est donc dans cette mesure que l'animus domini s'absorbait dans le corpus. D'un autre côté, les idées d'Jhering rejoignaient celles de Savigny, dans la mesure où il ne concevait la possession que dans le cadre du droit de propriété, ce que traduisait la célèbre formule : "la possession est l'ouvrage avancé de la propriété"(5). Pour autant, les divergences entre les deux thèses

(4) JHERING, Der Besitzwille, 1889.

(5) JHERING, Über den Grund des Besitzschutzes, 2e éd., 1869, p. 54.

n'en étaient pas moins fondamentales et irréductibles, notamment à propos du sort réservé au détenteur qui dans la conception objective accède au rang de possesseur. La possession n'est plus alors engendrée par le concours de deux éléments. L'animus se combine avec le corpus, et ce dernier consiste en une appréhension matérielle volontaire, qui aux yeux des tiers, doit donner à l'individu l'apparence d'un propriétaire. Tout est donc fonction du corpus qui devient ainsi la véritable "causa possessionis", en révélant la volonté du possesseur.

III. - Compte tenu des choix opérés par le Code civil, il n'est pas difficile d'imaginer que la promulgation du B. G. B. fut suivie avec une attention toute particulière par la doctrine française. Une seule question s'imposait : quelle idée de la possession le nouveau Code civil allemand avait-il fait triompher ?

De prime abord, le lecteur du B. G. B. est frappé par la place qu'occupe la possession. Alors qu'en droit français, la question n'est pratiquement traitée qu'incidemment à propos de la prescription acquisitive, au sein du B. G. B. elle s'insère tout logiquement dans un ensemble de règles relatives au droit des biens. Cette démarche montre l'intérêt que lui ont porté les rédacteurs du B. G. B.; les solutions retenues n'en n'auront que plus de poids.

Ensuite, les rédacteurs du B. G. B. ne pouvaient rester indifférents à la controverse qui s'était élevée entre Savigny et Jhering. Ils savaient que leurs choix seraient nécessairement interprétés à la lumière de l'une ou de l'autre thèse. Mais à s'en tenir à la lettre de la loi, il semble qu'ils aient refusé de se laisser enfermer dans cette querelle et qu'ils aient tenté de la dépasser. Certes, il ne fait aucun doute que la conception allemande se situe de prime abord à l'opposé de celle retenue par le Code Napoléon. En fait, en matière de possession, l'un des apports les plus intéressants du B. G. B. réside dans la suppression de la distinction entre possession et détention. En laissant au § 854 du B. G. B. le soin de définir la

possession par le pouvoir de maîtrise ("Gewalt"), le droit allemand rompt le cordon ombilical qui jusqu'à présent unissait possession et propriété. L'état de fait générateur de la possession forme alors un tout qui doit se satisfaire à lui-même, sans que la question d'un droit qui lui serait sous-jacent ne vienne à être posée. Pour autant la détention, au sens où l'entend le droit français, n'a jamais disparu du B. G. B. . Bien au contraire, elle demeure présente, mais puisque l'animus domini s'est totalement incorporé à l'élément matériel, la détention n'est plus un obstacle à la possession, elle doit se contenter d'en paralyser certains effets. Cependant, l'innovation essentielle du B. G. B. demeure le rattachement de la notion de possession au seul corpus.

En cela, le droit allemand consacre une thèse objective, radicalement différente de celle que le Code civil a fait sienne. Et c'est bien ainsi que les commentateurs français jugèrent le nouveau Code civil allemand. La plupart des opinions furent d'ailleurs très favorables au système imaginé par le B. G. B. . C'est qu'en effet, la thèse classique ne manque pas d'inconvénients (6). Ces derniers tiennent essentiellement à l'étroitesse de la notion de possession, qui entraîne le refus d'accorder aux détenteurs réguliers de la chose d'autrui la qualité de possesseur. La thèse subjective heurte si vivement certains intérêts pratiques que la jurisprudence s'est vue dans l'obligation d'en tempérer la portée en accordant au détenteur précaire une certaine protection possessoire. Dans ces conditions, les solutions proposées en 1900 par le B. G. B. apparurent à bien des égards comme préférables. Et l'on ne manqua pas d'insister sur ce qui à l'époque paraissait évident : le droit allemand venait de se rallier aux idées d'Jhering, alors que le Code civil semblait défendre celles de Savigny.

---

(6) PLANIOL et RIPERT, Droit civil, T. III par M. PICARD, 2e éd., n° 147.

IV. - En réalité, cette opposition paraît trop tranchée. Affirmer sans nuances que le B. G. B. consacre les idées d'Jhering revient à prétendre qu'il a épousé les termes de la querelle qui opposait cet auteur à Savigny. C'est en fait tout le contraire qui s'est produit. Faire de la possession un simple pouvoir de maîtrise n'a pas, en effet, pour seule conséquence de mettre fin à la distinction entre possesseur et détenteur ; il en résulte une véritable rupture avec le cadre habituel de la possession qui, jusqu'à présent, était celui du droit de propriété et auquel Jhering n'avait pas renoncé. En dépassant ainsi la simple querelle entre thèse subjective et thèse objective, les solutions du B. G. B. aboutissent à une véritable radicalisation des idées défendues par Jhering.

Cette démarche tout à fait originale a cependant été souvent mal comprise en droit français. La nouveauté des solutions contenues dans le B. G. B. inspira tout particulièrement Saleilles, qui fut ainsi le premier à étudier la possession du point de vue du droit comparé ; ses conclusions commandent aujourd'hui encore, pour une large part, l'opinion que se font sur ce point les auteurs français du droit allemand (7). Cependant, Saleilles n'abordait pas les questions de la possession d'un oeil neuf. Peu de temps avant la promulgation du B. G. B., il avait tenté à son tour de résoudre le dilemme issu de la confrontation des thèses subjective et objective (8). Refusant de se laisser prendre au piège de ce qui lui apparaissait comme une querelle purement stérile, il fut tenté de s'engager dans une troisième voie en proposant une nouvelle interprétation des textes romains. Bien entendu, il n'était pas question pour lui de s'attarder à la thèse subjective. Cette dernière, en requérant un animus domini, empêche toute réforme de la possession et se situe ainsi à l'opposé du but qu'il s'était fixé. Fallait-il pour autant se contenter d'une simple incorporation de l'élément intentionnel dans le corpus ? Aux yeux de Saleilles, cette

(7) SALEILLES, De la possession des meubles, in Mélanges de droit comparé, T. II, 1907.

(8) SALEILLES, Etude sur les éléments constitutifs de la possession, Dijon, 1894. (Extrait de la Rev. bourguignonne de l'Enseignement supérieur, 1893 et 1894).

dernière solution réalise un incontestable progrès, mais elle demeure insuffisante, dans la mesure où elle continue de situer la possession dans le cadre du droit de propriété ; en outre, elle lui paraissait contestable du point de vue du droit romain (9). Saleilles fut alors conduit à envisager l'élément intentionnel sous la forme d'un "animus possidendi", qui avait le mérite d'être présumé chez tout détenteur et l'avantage de ne pas renvoyer à un quelconque animus domini. Il lui fut ainsi possible de parler de la possession comme d'un "rapport d'exploitation économique" et non plus comme d'un rapport juridique (10).

Dans ces conditions, il n'est pas difficile d'imaginer que Saleilles crut voir dans les solutions retenues par le B. G. B. la confirmation de sa propre analyse. En mettant fin aux liens ancestraux qui jusqu'à présent unissaient possession et propriété, le B. G. B. semblait consacrer une thèse totalement objective, dont seule la notion d'exploitation économique pouvait rendre compte. Fort de l'appui que paraissait lui donner le droit allemand, Saleilles finit d'ailleurs par défendre l'idée d'une possession reposant entièrement sur le seul pouvoir de maîtrise et sans un quelconque animus (11).

V. - C'est donc à travers un prisme quelque peu déformant que Saleilles a rendu compte des conceptions du B. G. B. en matière de possession. En essayant d'y trouver la confirmation de ses propres opinions, il a parfois été amené à en donner une image qui n'est pas celle de la réalité. Cette dernière mérite d'être rétablie et ainsi se trouve fixé l'un des buts de notre étude.

L'on sait combien en droit interne, et a fortiori en droit comparé, il peut être trompeur de s'en tenir aux seuls textes de la loi. Ceux-ci ne peuvent se comprendre dans leur entier qu'en étant confrontés, tant avec les solutions jurisprudentielles qu'ils ont

---

(9) SALEILLES, op. cit. (n° IV, note 8) p. 177 et s.
(10) SALEILLES, op. cit. (n° IV, note 8) p. 207.
(11) SALEILLES, op. cit. ibidem - Cf. également : SCHWAB, La Théorie possessoire objective - Etude comparée sur la possession des choses en droit français et allemand, Th. Paris, 1907.

suscitées, qu'avec les études doctrinales dont ils ont été l'objet. Or, de ce point de vue, la thèse de Saleilles a été largement infirmée par l'évolution jurisprudentielle et les travaux de la doctrine allemande, postérieurs au B. G. B. . Ainsi ne retrouve-t-on à aucun moment cette idée d'exploitation économique qu'il avait cru y découvrir.

D'un autre côté, l'approche de Saleilles demeurait très partielle. Certes, cela tenait à l'intérêt presque exclusif qu'il portait aux questions relatives à la notion de possession. Mais, dans le cadre d'une étude comparative, l'on ne saurait négliger aucun des aspects de l'institution dont on veut rendre compte. Une étude de la possession impose donc que l'on s'attache aussi bien à sa définition qu'à ses effets, et ce dans tous les domaines qu'elle est susceptible de concerner. Or, à cet égard, les travaux de Saleilles se limitaient en pratique à la seule possession mobilière.

VI. - Ainsi, l'opinion des auteurs français pouvait-elle se résumer en peu de mots au moment de la promulgation du B. G. B. . Le droit allemand était réputé avoir consacré une conception totalement objective et donc parfaitement inconciliable avec celle du droit français. Quant aux effets de la possession, l'on ne s'en souciait que très partiellement.

Il nous a alors paru possible et nécessaire de reprendre l'ensemble des questions soulevées par la possession des deux côtés du Rhin. Cette étude suppose une division des problèmes qui, pour être classique, n'en est pas moins inévitable.

Il est certain qu'il convient tout d'abord de rendre compte des controverses liées à la notion de possession (Première partie). Ce faisant, l'on ne saurait cependant se borner à constater ce qui incontestablement sépare le droit français du droit allemand. Ces divergences fondamentales se limitent pour l'essentiel à la détermination des éléments constitutifs de la possession. Or il ne s'agit là que d'une question parmi beaucoup d'autres. Cerner la notion de

possession suppose des investigations suffisamment vastes pour permettre de rendre compte précisément et complètement des différentes solutions retenues par les deux législations, et pour éviter de s'enliser dans de stériles querelles. Cette démarche aura l'avantage de mettre en évidence l'incroyable complexité de certaines solutions du droit allemand, complexité que l'on doit en grande partie à l'imprécision qui est celle d'une notion totalement objective.

Cette imprécision ne se retrouve guère lorsque l'on aborde les effets de la possession (Deuxième partie). Tout se passe comme si le droit allemand avait eu conscience des difficultés que n'aurait pas manqué d'engendrer une possession définie avec tant d'incertitudes. Le B. G. B. connaît alors des solutions fort proches de celles du droit français, notamment lorsque la possession conduit à l'acquisition de la propriété.

En définitive, et notre travail permettra de le vérifier, les effets attachés à la possession atténuent sensiblement la portée des vieilles querelles théoriques et permettent à la possession de jouer un rôle sensiblement comparable en droit français et en droit allemand.

PREMIERE PARTIE

LA NOTION DE POSSESSION

1. - La possession est une institution aux multiples facettes dont la complexité constitue le premier et incontestable trait commun du droit français et du droit allemand. Cette caractéristique montre quelle a été l'obligation première de la doctrine : tenter d'en définir les éléments constitutifs. Ces derniers, d'ordre objectif ou subjectif, permettent à la possession de se réaliser et d'être distinguée de situations matériellement identiques et qui pourtant ne peuvent lui être rattachées. Mais une telle approche ne concerne qu'un des aspects de la possession. Il convient, ensuite, de se tourner vers celui qui en exerce les prérogatives : le possesseur au profit de qui doivent être réunis les éléments constitutifs. Et il importe tout autant de connaître de quelles manières le possesseur exerce ses attributions que de déterminer quel est celui que la loi reconnaît comme possesseur. Seul ce dernier bénéficiera, en effet, des avantages attachés à la possession. Encore faut-il que l'efficacité de la possession ne soit pas remise en cause par des circonstances qui, sans porter atteinte à ses éléments constitutifs, en paralyseraient ses effets. Une telle démarche est traditionnelle et se retrouve en droit français comme en droit allemand. Mais elle peut paraître insuffisante. Comment traduire l'originalité de la possession dans les deux systèmes sans, au préalable, la replacer dans un cadre plus général ? De ce point de vue, c'est tout d'abord la place assignée à la possession par le législateur et par la doctrine qu'il conviendra d'examiner.

C'est ensuite de sa nature juridique dont il faudra rendre compte. Il doit s'agir d'une démarche préalable, dans la mesure où elle permet de savoir comment la possession est appréhendée, d'une manière globale, par les deux systèmes juridiques. Ces remarques nous conduisent à envisager, afin de tenter de cerner la notion de possession, successivement :

Chapitre Ier : L'appréhension de la possession.

Chapitre II : La réalisation de la possession.

Chapitre III : Les conditions de l'efficacité de la possession.

Chapitre IV : L'exercice de la possession.

CHAPITRE Ier : L'APPREHENSION DE LA POSSESSION.

2. - Une approche globale de la possession permet de tenir compte de la place qu'elle occupe respectivement dans les deux législations. Cette démarche met en évidence ce qui, dès l'origine, peut les opposer. Nombre de leurs différences pourront, par la suite, être rattachées à cette divergence originaire. A deux points de vue il paraît important d'indiquer de quelle manière les droits français et allemand appréhendent la possession. Celle-ci doit être resituée dans l'ensemble des dispositions du Code civil français et du Code civil allemand (1), au sein desquelles elle s'insère. La place ainsi occupée est significative parce qu'elle témoigne du rôle assigné à la possession. (Section I). Mais ce tableau d'ensemble serait incomplet s'il ne rendait pas compte de la nature juridique que les deux droits lui reconnaissent (Section II).

---

(1) Par la suite, le Code civil allemand (Bürgerliches Gesetzbuch) sera désigné par son abréviation usuelle : B. G. B. .

Section I : LA PLACE DE LA POSSESSION.

3. - Quelle place les droits français et allemand réservent-ils à la possession ? Répondre à cette question, c'est définir son originalité en tant qu'institution (§ 1). C'est également la distinguer de situations juridiques voisines (§ 2).

§ 1 : La possession en tant qu'institution.

4. - L'insertion de la possession dans un ordre juridique témoigne de la fonction qui lui sera dévolue en tant qu'institution (2). Cette fonction est déterminée par les rapports entre la possession et la propriété. C'est à l'égard de celle-ci que la place de la possession doit être précisée. Sur ce point, les solutions du droit français et du droit allemand divergent, le premier enfermant la possession dans la sphère des droits réels, le deuxième lui conférant une totale autonomie (A). L'intérêt de cette opposition ne se situe pas seulement sur un plan théorique, mais détermine directement certains aspects de la possession tels son objet ou son domaine (B).

---

(2) Selon PLANIOL et RIPERT (Droit civil T. III, par PICARD, n° 143, p. 158, note 2), cette expression serait erronée : "La possession est un fait ; il n'y a de juridique et d'institution que les moyens employés par la loi pour protéger ce fait ou pour le détruire". Or c'est précisément parce que, pour l'instant, il ne s'agit pas de déterminer la nature juridique de la possession, mais uniquement de l'envisager en tant que partie intégrante d'un ordre juridique, que ce terme d'institution est employé ici.

A) Les solutions divergentes du droit français et du droit allemand :

5. - C'est en fonction de la propriété que la possession apparaît comme une institution, soit simplement auxiliaire, soit totalement autonome, selon que ses règles ne se comprennent que dans le cadre de celles du droit de propriété ou qu'elles en sont indépendantes. Cette alternative trace la ligne de partage entre le Code civil et le B. G. B. . En droit français, la possession n'a pas réussi à échapper à l'emprise du droit de propriété, ou, tout au moins, à celle des droits réels (1°) ; le droit allemand, au contraire, bannit toute référence à un droit quelconque (2°).

6. - 1°) Le législateur français a conçu la possession essentiellement comme une institution auxiliaire de la propriété. L'existence même de la possession ne peut se comprendre que par rapport au droit de propriété et ses règles sont fonction des exigences propres à ce dernier. Ce lien étroit entre possession et propriété a une origine historique (a) et il se manifeste aussi bien par la place qu'occupe la possession dans le Code Civil que par les différentes définitions doctrinales (b).

7. - a) Le droit romain n'est pas étranger à l'actuelle notion de possession en droit français. Outre qu'il en a forgé les concepts fondamentaux (3), il en a connu la première ébauche. En même temps, le lien entre le fait et le droit demeurait très étroit : "à un moment où les institutions sont encore loin d'être classées et étiquetées, le rôle de la possession est considérable, les rapports de

---

(3) CARBONNIER, Droit civil, T. III, 7° éd., n° 44, p. 150.

fait sont à la base de la plupart des actes juridiques" (4).
En droit romain, l'importance, s'agissant de meubles, de la remise de la chose, ou, s'agissant d'immeubles, de la prise de possession, permettait à la possession de concilier le principe du formalisme avec celui du consensualisme. On a pu ainsi affirmer qu'à cette époque "le fait accompagne et traduit le droit" (5).

8. - Certes, notre système n'est pas calqué sur celui du droit romain. Ce dernier, à l'époque classique, n'avait pas de la possession une conception uniforme, mais au contraire en distinguait différents types selon leurs conséquences respectives (6). Tout d'abord, sous le terme de "possessio naturalis" était envisagée la détention, mais il s'agissait de la détention prévue par l'article 2228 du Code civil et non de celle de l'article 2236 du Code civil. Une telle détention ne traduisait aucun rapport de droit. En revanche, certaines conséquences juridiques étaient attachées à la "possessio civilis" et à la "possessio ad interdicta". La première conduisait à l'acquisition de la propriété, la seconde était protégée par les interdits du préteur.

9. - Cette possession romaine, aux formes multiples, n'a pas été retenue par le droit français. Cependant, et sans méconnaître l'apport de l'ancien droit (7) ou celui du droit canonique (8), un principe essentiel, issu du droit romain, a contribué à forger notre propre conception de la possession.

---

(4) OURLIAC et MALAFOSSE, Droit romain et Ancien droit : les Biens, p. 83.
(5) OURLIAC et MALAFOSSE : ibidem.
(6) SAVIGNY : Das Recht des Besitzes, § VII, p. 69 - OURLIAC et MALAFOSSE, op. cit. (n° 7, note 4), p. 84 - Cf. également, CORNIL, Traité de la possession dans le droit romain, 1906.
(7) CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 150.
(8) Ce dernier concerne surtout les Actions Possessoires, cf. infra, n° 233.

Même en droit romain, la possession s'est peu à peu détachée de la propriété et une certaine autonomie a été accordée à l'état de fait par rapport à l'état de droit (9). Mais le lien entre eux n'a jamais été totalement rompu. Bien plus, à partir du moment où la possession a été définie comme un pur état de fait, il devenait nécessaire d'en préciser les contours. Et pourtant, loin d'aboutir à une opposition irréductible entre possession et propriété, la comparaison a établi entre elles un lien de plus en plus évident. La notion de possession va se former sur ce qui sera considéré comme son modèle : le droit de propriété. Saleilles remarque qu' "à force de chercher à établir des catégories juridiques précises, on eut l'intuition qu'un fait ne méritait vraiment d'être protégé en justice que s'il était l'équivalent de l'exercice d'un droit. Le type que l'on avait en vue était la propriété. C'est ainsi que la possession apparut comme l'exercice de fait du droit de propriété" (10).

10. - L'étroite relation entre possession et propriété ne s'est par la suite jamais démentie. Elle n'est cependant pas demeurée telle quelle. Les jurisconsultes romains eux-mêmes ont été conduits à reconnaître que l'on ne pouvait se contenter de parler de possession d'une chose et que tout droit portant sur une chose pouvait faire l'objet d'une possession ou tout au moins d'une "quasi-possession" (11).

---

(9) SAVIGNY, op. cit. (N° 8, note 6), p. 28.

(10) La théorie possessoire du Code civil allemand, Rev. critique 1903, p. 593.

(11) OURLIAC et MALAFOSSE, op. cit. (N° 7, note 4), p. 202 et p. 370- PLANIOL et RIPERT, op. cit. n° 143, p. 159 - MARTY - RAYNAUD, Droit civil, T. III, 2° vol., n° 12, p. 21 - WEILL, Droit civil, Les Biens, n° 364, p. 322 - RODIERE, Encycl. DALLOZ, Rép. civ., 2° éd., v° Possession, n° 4 - Cf. infra n° 34.

Ainsi naquit une possession des droits réels autres que le droit de propriété. Aux yeux des juristes romains, cette quasi-possession s'opposait d'ailleurs à la possession du droit de propriété dans la mesure où le quasi-possesseur n'exerce qu'une apparence de droit, alors que le possesseur tient effectivement la chose entre ses mains. La relation entre possession et propriété demeurait privilégiée, mais elle n'était plus exclusive. Le champ de la possession s'était élargi et celle-ci s'insère alors dans un cadre plus général, celui des droits réels.

11. - Ainsi le système issu du droit romain ne conçoit-il la possession que comme l'exercice de fait du droit de propriété ou d'un autre droit réel. Encore faut-il souligner qu'en tout état de cause, la primauté revient à la possession du droit de propriété, puisqu'elle sert de modèle à celle des autres droits réels. Au rapport exclusif entre la possession et la propriété est donc simplement venu s'adjoindre celui de la possession avec les autres droits réels. Et c'est dans ce moule qu'est venu se fondre le droit français.

12. - b) Toute la conception française traduit la relation étroite entre la possession et les droits réels. A aucun moment, l'état de fait n'est envisagé comme une situation véritablement autonome ; il sera toujours considéré comme manifestant l'exercice d'un droit, même si la réalité de ce droit n'a pas à être recherchée. Le cadre de la possession est donc celui des droits réels : ils en constituent la toile de fond aussi bien pour les rédacteurs du Code civil que pour l'ensemble de la doctrine.

13. - En 1804, le législateur aurait pu tenter de dégager une notion originale de la possession. Il semble qu'il ne se soit pas posé la question, tant lui paraissait évident le lien entre possession et droit réel. Certes, un tel rapport ne l'empêchait pas de la situer d'une manière indépendante. En réalité, ce lien a sérieusement infléchi le choix des rédacteurs du Code civil dans la mesure où ils ne vont en retenir qu'une des conséquences, essentielle à leurs yeux :

l'acquisition de la propriété grâce à la prescription acquisitive. L'importance de celle-ci ne doit pas être exagérée , mais elle va conduire le législateur à un véritable parti pris. Aussi ne faut-il pas s'étonner de ce que le Code Napoléon ait traité de la possession au chapitre II de son titre vingtième du Livre III, chapitre intitulé "De la prescription". Pothier, pour sa part, avait déjà indiqué : "quoique la possession n'ait rien de commun avec le domaine de propriété, puisqu'on peut avoir la possession d'une chose sans en avoir le domaine, et que vice versa, on peut en avoir le domaine sans en avoir la possession, néanmoins, comme la possession fait présumer le domaine dans celui qui a la possession, et qu'elle est une des manières d'acquérir le domaine, nous avons cru qu'on pouvait joindre au Traité du Domaine de la Propriété, un Traité de la Possession" (12). De la sorte, la possession est liée au mécanisme de la prescription acquisitive.

14. - On n'a pas manqué de remarquer que la part faite à la possession dans le Code civil était trop étroite et que tous ses effets ne pouvaient se réduire à la prescription acquisitive (13). Ainsi la Commission de Réforme du Code civil a estimé nécessaire de lui consacrer dans un Livre réservé aux Biens, tout un chapitre (14). Sans aller aussi loin, la loi du 9 Juillet 1975 (15), concernant essentiellement le régime des actions possessoires, a modifié l'intitulé du titre vingtième du Livre III, en le libellant ainsi : "De la Prescription et de la Possession".

---

(12) POTHIER, Traité de la Possession, chapitre préliminaire in Oeuvres de POTHIER par M. BUGNET, t. 9, p. 267.

(13) RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 1 - Cf. infra, n° 19.

(14) Travaux de la Commission de Réforme du Code civil, 1946-1947, p. 1001.

(15) Loi n° 75-596 du 9 Juillet 1975, J. O. 10 Juillet 1975, p. 1076- D. 1975, Lég., p. 204. - Cf. infra, n° 271, note 196.

15. - Une telle modification s'imposait, car la solution du Code civil présentait des inconvénients certains. Sous le titre "De la prescription", les rédacteurs du Code civil n'avaient pas pu se limiter à rattacher la possession à la prescription ; ils avaient, en outre, été obligés de la définir. Et cette définition dépassait le cadre dans lequel ils l'avaient insérée puisqu'elle est, en elle-même, totalement indépendante des règles de la prescription. C'est donc seulement à propos de l'un de ses effets, la prescription acquisitive, que le Code civil fournit les différents éléments de la possession (16). Toutefois, ces éléments demeurent sérieusement infléchis par le point de vue restrictif adopté par le législateur. Ce n'est pas une conception autonome de la possession qu'ils consacrent ; celle-ci est toujours considérée comme traduisant l'exercice d'un droit réel, seul susceptible de prescription acquisitive.

16. - C'est le sens qu'il convient de donner à l'article 2228 du Code civil : "La possession est la détention ou la jouissance d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un autre qui la tient ou qui l'exerce en notre nom". Les termes de détention et de jouissance se comprennent si l'on se souvient de la conception romaine. La détention correspond au pouvoir physique sur une chose et renvoie à la véritable possession . La jouissance, au contraire, ne concerne que le droit exercé sur un bien et constitue ainsi la quasi-possession (17). De toute manière, le trait fondamental de cette définition est qu'elle renvoie à l'exercice d'un droit, droit de propriété ou autre droit réel. La loi ne conçoit donc la possession que dans le cadre de l'exercice des droits réels (18).

---

(16) CARBONNIER, op. cit. n° 41, p. 138.
(17) Cf. supra, n° 10 et note 11.
(18) Cf. infra, n° 33 et s.

Elle ne peut être une institution autonome, et c'est bien ainsi que l'a comprise la majorité de la doctrine.

17. - S'agissant de définir la possession, deux voies sont possibles. On peut, tout d'abord, envisager la possession en elle-même, et la notion ainsi dégagée sera indépendante du cadre juridique dans lequel elle s'insère. Mais il est également possible, en la définissant, d'essayer de rendre compte plus précisément de son rôle et de ses effets.

18. - Dans le premier cas, les auteurs insisteront sur le rapport de fait qu'incarne la possession. Ainsi, affirment Aubry et Rau, "on appelle possession dans le sens le plus large de cette expression, l'état ou la relation de fait qui donne à une personne la possibilité physique, actuelle et exclusive, d'exercer sur une chose des actes matériels d'usage, de jouissance ou de transformation" (19). Radulesco exprime la même idée lorsqu'il déclare que "la possession est le rapport extérieur entre une personne et une chose, consistant en un ensemble de faits qui font apparaître à la collectivité ce rapport comme la maîtrise de fait sur la chose" (20). Enfin, en lui conférant la qualité d' "institution indépendante" (21), Ferradou pense également que la possession est avant tout un pouvoir de fait.

19. - Ces définitions expriment-elles l'état du droit français ? Se référant à l'article 2228 du Code civil et à la conception générale du droit français, la doctrine s'est rendu compte que l'on ne pouvait se contenter de définitions trop larges. La possession française n'est pas n'importe quel rapport de fait, elle est l'exercice de fait d'un droit réel.

---

(19) AUBRY et RAU, Droit civil français, T. 2, 7° éd., par P. ESMEIN, § 172, n° 74, p. 115.

(20) RADULESCO, La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation, Thèse Paris, 1923, p. 113.

(21) FERRADOU, Du rôle de la possession dans le droit privé français, Thèse Bordeaux, 1928, p. 172.

Chez certains auteurs, cette constatation conduit à différencier la possession selon ses effets. Une définition, à l'image de celles que nous venons de rencontrer (22), correspondrait à la possession envisagée d'une manière très générale. L'autre, la désignerait comme mode d'acquisition de la propriété ou, tout au moins, s'appliquerait plus particulièrement à la possession des droits réels. Aubry et Rau eux-mêmes ont souligné que, d'après le texte de l'article 2228 du Code civil, la possession devait être définie comme "le fait de celui qui voulant qu'une chose soit soumise en sa faveur à un droit de propriété, ou à un droit réel de servitude, de jouissance ou d'usage, détient cette chose ou exerce ce droit" (23). Radulesco envisage, à côté de la possession "situation brute", une possession "colorée en fait par l'exercice du droit de propriété (24). A la possession, institution indépendante, Ferradou ne manque pas d'opposer la possession, institution "sujette" (25) qui apparaît comme l'exercice d'un droit.

20. - En réalité, la majorité de la doctrine adopte une définition unique de la possession dès qu'il s'agit de rendre compte du droit français. Toutes les opinions démontrent que l'on ne peut oublier la toile de fond constituée par les droits réels que précisément la possession dispense de prouver. Ainsi la possession apparaît-elle comme "le fait pour une personne d'accomplir des actes qui, dans leur manifestation extérieure, correspondent à l'exercice volontaire d'un droit, qu'elle soit ou non titulaire de ce droit" (26).

---

(22) Cf. supra, n° 18.

(23) AUBRY et RAU, op. cit., p. 116.

(24) RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 24.

(25) FERRADOU, op. cit. (n° 18, note 21), p. 172.

(26) WEILL, op. cit., n° 363, p. 322 - Cf. également PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 143, p. 158 - RIPERT et BOULANGER, Traité de Droit Civil, T. II, n° 2282, p. 799 - CARBONNIER, op. cit., n° 41, p. 139.

Nul doute que la possession soit d'abord un pouvoir de fait. Mais cette maîtrise de fait doit avoir une signification particulière pour qu'elle puisse être qualifiée de possession. Elle doit correspondre à l'exercice d'un droit réel. Et c'est ce rapport constant entre l'état de fait et le droit qui caractérise le système français.

21. - De la sorte, la possession apparaît comme une institution auxiliaire. Même si, en elle-même, elle ne constitue qu'un état de fait, celui-ci doit nécessairement se référer à l'exercice d'un droit. Peu importe que ce dernier existe ou non, seul compte le renvoi implicite mais constant de la possession au droit. En consacrant une conception autonome de la possession, la solution allemande se trouve à l'opposé.

22. - 2°) De quelle manière se réalise cette autonomie ? Concrètement, la possession demeure avant tout un état de fait. Mais elle ne doit plus correspondre à l'exercice d'un droit. C'est donc dans la rupture du lien que connaît le droit français entre possession et droit que se situe l'originalité de la conception allemande. Cela supposait, de la part des rédacteurs du B.G.B., la volonté de rompre avec les concepts classiques et la nécessité de conférer à la possession une place originale dans le système juridique allemand.

23. - Le droit allemand s'éloigne des opinions françaises dans la mesure où sa conception de la possession n'est pas entièrement empruntée au droit romain, mais qu'elle tient également compte de la "Gewere" germanique. L'importance respective des deux apports peut être discutée, et même si l'actuelle notion a une double origine (27), il semble que ce soit l'utilisation de la "Gewere" qui ait permis de faire de la possession une institution autonome.

---

(27) WOLFF-RAISER, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts von ENNECCERUS, KIPP, WOLFF, Sachenrecht, 10° éd., § 4 - ARMINJON, NOLDE et WOLFF, Traité de droit comparé, T. II, p. 327.

24. - Notion originale à plus d'un titre, la "Gewere" ne se définit pas aisément. D'une manière générale, elle traduisait la relation qui pouvait exister entre une personne et une chose. Bien que revêtant ainsi la forme d'un droit réel, elle s'en distinguait, car son exercice n'impliquait aucune prétention à un droit quelconque. Mais la "Gewere" était également plus qu'une simple possession, dans la mesure où elle était le support nécessaire de tous les droits réels, étant entendu que l'ancien droit allemand ne concevait pas de séparation rigide entre possession et propriété (28). En définitive, l'élément déterminant de la "Gewere" réside dans le pouvoir d'exploitation économique qu'elle confère sur un bien. Plus qu'une simple maîtrise de fait, elle est l'utilisation économique d'une chose (29). Elle ne traduit donc pas nécessairement l'accomplissement d'un droit réel sur un bien, mais le fait, pour son titulaire, d'exercer sur lui un droit d'usage ou de jouissance. Le terme "Gewere" désigne alors bien plus une situation de fait qu'un rapport d'ordre juridique. Possession et droit peuvent être indépendants et le droit peut précéder la prise de possession (30).

---

(28) MITTEIS, Deutsches Privatrecht, 1950, Ch. 26,I,2 - BRUNS, Besitzerwerb durch Interessenvertreter, Diss. Tübingen, 1910,p.37 et s.

(29) HECK, Grundriss des Sachenrechts, 1930, Exkurs 2, p. 489 - CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 150 - Cf. également HEUSLER, Gewere, (1872). - HÜBER, Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht , 1894.

(30) En cela, la situation peut être comparée à la saisine du droit français : MITTEIS, op. cit. (n° 24, note 28), Ch. 26,I,3, - Comp. PLANIOL et RIPERT, Droit civil, T. IV, n° 197, qui, pour désigner la saisine emploient le terme d'investiture que l'on peut rapprocher du mot Umkleidung qu'utilisent les auteurs allemands à propos de la Gewere - SCHWAB, La Théorie possessoire objective, Thèse Paris, 1907, p. 42 et s.

La majorité de la doctrine reconnaît ce que le droit allemand doit à cette conception (31).

25. - Certes, toutes les explications ne peuvent se ramener à la "Gewere". Les différentes critiques adressées à la conception romaine ont également contribué à en dégager une notion originale (32). Cependant, la conception germanique permettait, pour la première fois, de rompre le lien entre possession et droit et d'entrevoir ainsi la possibilité d'une possession qui aurait un intérêt pour elle-même et non pas en fonction d'un droit réel dont elle ne serait que l'expression matérielle. Son but serait l'utilisation de la chose et elle ne constituerait pas, a priori, un mode de concrétisation d'un droit réel. Est-ce à dire qu'à l'heure actuelle le lien entre état de fait et état de droit ne subsiste d'aucune façon ? En réalité, les références au droit romain sont nombreuses. Ainsi, l'existence même des actions possessoires n'a pas pour origine "la Gewere". Celle-ci n'offrait à son titulaire aucune action possessoire et tout litige était tranché au cours d'une instance pétitoire (33). De même, en droit allemand la possession peut conduire à la propriété : dans cette hypothèse elle doit, bien évidemment, traduire l'exercice de fait de ce droit. L'influence romaine ne saurait donc être niée (34).

---

(31) WOLFF-RAISER, op. cit., § 4 - VON GIERKE, Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, § 5, I - STAUDINGER, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, I. III, 11° éd., Einl. 1, 23.

(32) Cf. infra, n° 89 et s.

(33) BRUNS, op. cit. (n° 24, note 28), p. 42.

(34) MITTEIS, op. cit. (n° 24, note 28), Ch. 26, VI - ARMINJON, op. cit. (n° 23, note 27), p. 327 et s. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 4. Le terme même de "Besitz" rappelle celui de la possession et non celui de "Gewere". En langage courant, l'utilisation du terme "Besitz" peut d'ailleurs prêter à confusion dans la mesure où il est souvent synonyme de propriété (BOEHMER, Einführung in das Bürgerliche Recht, I, § 22, p. 156).

Mais en ce qui concerne le concept de possession, le droit allemand a réussi à l'isoler de son cadre juridique habituel. Il a ainsi pu définir la possession en tenant compte non pas de ses différents effets, notamment de la prescription acquisitive, mais de la seule situation de fait qu'elle engendre. Cette autonomie s'accompagne d'une place originale dans le B. G. B. (1) et se retrouve au travers des opinions doctrinales (2).

26. - 1) Au sein du Code civil allemand, la possession occupe une place qui traduit son entière autonomie. A partir du moment où elle a été perçue comme une institution indépendante et non plus sujette au droit de propriété, il devenait indispensable de tenter de la définir en tant que telle. Les rédacteurs allemands lui ont réservé la section première du Livre III, consacré aux biens. Par opposition aux méthodes françaises, le B. G. B. traite de la possession en tant que telle ; dans les paragraphes 854 à 872, il tente de donner une image précise et complète de la notion et du rôle de la possession. En fait, il s'est posé le même problème en droit allemand qu'en droit français lorsqu'il s'est agi, pour la Commission de réforme du Code civil français, de savoir s'il convenait d'épuiser tout ce qui concerne la possession en un seul chapitre ou s'il fallait se contenter, dans un premier temps, d'en donner les idées directrices pour la reprendre en détail en étudiant chacun de ses effets (35). Le B. G. B., comme le projet de la Commission de Réforme, a adopté une solution de compromis en se contentant, tout d'abord, de caractériser la possession d'une manière générale, sans tenter d'en tracer un tableau exhaustif. Cependant, ce qui est révélateur c'est que le droit allemand, dans la présentation même de la possession, s'est décidé à mettre fin au lien qui l'unissait aux règles de la prescription acquisitive.

---

(35) Travaux de la C. R. C. C., op. cit. (n° 14, note 14), p. 932 et s.

Cette solution ne s'est pas imposée dès l'origine. Pourtant, pour les rédacteurs du B. G. B. , les exemples d'abandon des conceptions classiques ne manquaient pas. Dès 1794, le Code général prussien mettait fin à la théorie classique de l'animus domini en reportant toute son attention sur la protection possessoire du détenteur précaire (36). Les différents projets de rédaction du B. G. B. traduisent également une lente évolution vers la conception actuelle. Le premier projet de 1880 distinguait encore possession et détention en maintenant le lien entre possession et propriété (37). Ce n'est que dans le deuxième projet qu'est abandonnée toute distinction entre possession et détention et que, par conséquent, il n'est plus nécessaire de faire référence à l'exercice quelconque d'un droit (38).

27. - Ce point de vue se retrouve, bien évidemment, lorsque le § 854, alinéa 1, énonce : "La possession d'une chose s'acquiert par l'obtention du pouvoir de fait sur cette chose". Il en résulte l'absence totale de lien entre possession et droit, contrairement à la définition française. La possession est envisagée pour elle-même et non en fonction d'un droit dont elle serait éventuellement l'extériorisation. Cependant, il ne s'agit pas, dans le cadre du § 854, alinéa 1, à proprement parler, d'une définition, et l'on peut s'étonner d'un tel silence de la part d'une législation qui avait voulu marquer l'intérêt porté à la possession.

---

(36) SCHWAB, op. cit. (n° 24, note 30) p. 35.

(37) SCHWAB, op. cit. (n° 24, note 30) p. 42 et s. - SALEILLES, op. cit. (n° 9, note 10) p. 601 et s. - Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsches Reich, 1880, p. 80.

(38) SALEILLES, op. cit. (n° 9, note 10) p. 602 - Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des bürgerlichen Gesetzbuches, T. III, p. 28 et s.

Cette lacune (39) souligne l'importance du rôle joué par la doctrine lorsqu'il s'est agi de cerner la notion de possession.

28. - 2) Certains auteurs, refusant de voir combien la position du B. G. B. différait des opinions traditionnelles, ont continué à définir la possession comme la possibilité, reconnue juridiquement, d'exercer un droit (40). Très vite, cependant, la doctrine s'est rendu compte qu'un tel point de vue était indéfendable. Pour tenir compte, non seulement du § 854, alinéa 1, mais aussi de l'ensemble des effets de la possession, certains ont alors proposé, comme d'ailleurs en droit français, plusieurs définitions en fonction de ses différentes conséquences. Ainsi Pawlowski estime qu'il y a, en réalité, deux possessions. La première concernerait le pouvoir de fait sur un bien et serait désignée sous le terme d' "Innehabung", synonyme de détention. La seconde correspondrait, en fait, à celle du droit français puisqu'elle serait l'exercice effectif d'un droit ("Rechtsbetätigung"). A ces deux conceptions se rattacheraient les différents effets. Ainsi les actions possessoires et la fonction probatoire relèveraient de l' "Innehabung",alors que l'acquisition d'un droit réel supposerait une "Rechtsbetätigung" (41). La thèse de Pawlowski ne se limite pas à présenter cette alternative.Pour lui, c'est la volonté de l'individu qui est l'élément le plus important. Seulement cette volonté doit se manifester concrètement et c'est en cela qu'elle a besoin de la possession. Ainsi, dans le cas de l'occupation, la possession traduit la volonté de s'emparer du bien et rend en même temps cette volonté publique aux yeux des tiers.

---

(39) SOERGEL-SIEBERT, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch T. IV, 10° éd., § 854, Vorbem. 4 - PALANDT, Bürgerliches Gesetzbuch, 34° éd., Ueberbl. v. § 854, 1.

(40) KRÜCKMANN, "Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts", A.c.P. 108, 179.

(41) PAWLOWSKI , Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen - und Immaterialgütterrecht, 1961, p. 11.

La volonté, réalisée par l'exercice d'un pouvoir de fait, établit ainsi un lien entre ce dernier et le droit. A l'inverse, celui qui détient un bien, sans manifester aucune volonté d'acquérir sur ce bien un droit quelconque, n'a pas besoin de voir sa volonté concrétisée dans une situation de fait qui se distinguerait de la simple détention. C'est donc la volonté qui opère le choix entre la détention et ce que Pawlowski appelle "Rechtsbetätigung" (42). Sans aller aussi loin et en ne proposant aucune définition, certains auteurs se contentent d'affirmer que le terme "Besitz" peut recouvrir plusieurs hypothèses. Wolff et Raiser vont, ainsi, jusqu'à reconnaître trois sens au mot "Besitz". Ils reprennent, tout d'abord, le double sens attaché à la possession selon que l'on considère le pouvoir de fait en lui-même ou les effets que la loi lui rattache. Mais ils estiment, également, que le terme "Besitz" envisage l'ensemble de la situation fondée sur la possession : ainsi, lorsque la loi précise que la possession passe à l'héritier (43), il faut comprendre que sont transmis non seulement le pouvoir de fait, mais aussi toutes les conséquences qui s'y rattachent (44).

29. - Toutes ces tentatives doctrinales ne doivent pas faire oublier que si les effets sont multiples, la situation de fait est pratiquement toujours identique ; elle doit correspondre à ce qu'exige le § 854, alinéa 1 : le pouvoir de fait sur une chose. Cela explique que la majorité de la doctrine se rallie à une seule définition de la possession.

---

(42) PAWLOWSKI, ibidem, p. 45 - Cf. également, ARAVANTINOS, "Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht", Dogm. J. 48, p. 104.

(43) § 857 du B. G. B.

(44) WOLFF-RAISER, op. cit., § 3, II.

Celle-ci sera alors désignée comme étant "un pouvoir de fait extériorisé, exercé volontairement par une personne sur un bien et protégé par le droit" (45). Ainsi disparaît toute référence à l'exercice d'un droit. Le pouvoir de fait n'est plus nécessairement la matérialisation d'un droit réel. Il a une vie indépendante et fait de la possession une institution autonome. Cela permet à Saleilles de déclarer que la possession est alors "l'appropriation économique des choses, sans autre relation avec l'existence éventuelle d'un droit sur la chose" (46).

30. - Ainsi, alors que le droit français ne retient l'état de fait que comme symbole d'un droit sous-jacent, le droit allemand l'envisage dans sa seule extériorisation matérielle. Rendant compte de cette réalité, les définitions proposées par les auteurs français et allemands ont peu de chose en commun. Et il ne peut en être autrement à partir du moment où, en droit français, la notion de possession est intimement liée à ses effets, alors qu'en droit allemand elle en est totalement détachée. Sur ce point les deux droits encourent d'ailleurs le même reproche : aucune de leurs définitions ne rend parfaitement compte du mécanisme d'ensemble de la possession. En France, à partir du moment où l'on accorde la protection possessoire au détenteur précaire (47), la définition traditionnelle est trop restrictive puisque les règles de la protection possessoire sont indépendantes de celles de la prescription acquisitive. Au contraire, en Allemagne, on adopte une position trop large car, lorsque la possession devient un mode d'acquisition de la propriété, on ne se contente plus d'un

---

(45) STAUDINGER, op. cit., § 854, 32, p. 38 - Cf. aussi WESTERMANN, Lehrbuch des Sachenrechts, 5° éd., § 8, 1 - SOERGEL, op. cit., Vorbem. 4 zu § 854 - PALANDT, op. cit., 1, Ueberbl. v. § 854 - R. G. R. - Komm. § 854, Anm. 1 - Pour la jurisprudence, voir par exemple, R. G. 5 juin 1905, R. G. Z. 61, 92.

(46) Op. cit. (n° 9, note 10), p. 598. Cependant cette affirmation devra être appréciée au regard du contenu du pouvoir de maîtrise (Cf. infra, n° 96).

(47) Cf. infra, n° 271 et s.

simple pouvoir de fait (48).

31. - Les droits français et allemand s'accomodent pourtant de cet inconvénient, car chacun estime que sa notion de possession doit être l'image de ce qu'il considère comme essentiel. La place de la possession au sein des deux systèmes, comme l'idée que s'en fait la doctrine, ont montré que l'opposition entre eux résulte d'un choix fondamental effectué au préalable. Puisque le droit français ne conçoit pas la possession autrement que comme l'exercice d'un droit réel, elle ne peut être qu'une institution auxiliaire. Le droit allemand, par contre, en privilégiant le seul état de fait, lui confère le statut d'institution autonome. C'est de cette divergence originaire dont il nous faut maintenant mesurer la portée.

B) La portée de l'opposition entre les deux systèmes.

32. - Les conséquences du choix institutionnel des deux législations doivent être précisées à deux points de vue. En premier lieu, l'objet de la possession ne peut être identique selon qu'elle réalise ou non l'exercice de fait d'un droit réel. Dans le premier cas, l'accent sera mis sur le droit possédé, dans le second, c'est, au contraire, la chose possédée qui seule importera (1°). Le même critère présidera à la détermination du domaine de la possession. S'agissant de la possession, institution auxiliaire, elle ne saurait concerner que les biens susceptibles d'appropriation, alors que cette restriction ne se justifie pas lorsqu'elle est libre de toute référence aux règles du droit de propriété (2°).

33. - 1°) L'objet de la possession est fonction du rôle que chacun des systèmes lui assigne. Dans le Code civil, le lien entre l'état de fait et l'état de droit est manifeste (49). Il est ainsi rapidement apparu qu'en droit français ce qui est possédé c'est moins le bien qu'un droit sur ce bien (a).

(48) Cf. infra, n° 328 et s.
(49) Cf. supra, n° 16.

A l'opposé, puisque le B. G. B., dans sa conception de la possession, ne renvoie pas à l'exercice d'un droit, seule compte alors la chose possédée (b).

34. - a) L'article 2228 du Code civil reprend à son compte la distinction romaine entre possession et quasi-possession (50). Le bien-fondé de cette distinction a été remis en cause par l'ensemble de la doctrine, mais ce n'était que pour mieux accentuer le lien entre possession et droit. En droit romain, la possession proprement dite correspondait à la détention matérielle de la chose, alors que la quasi-possession ne s'appliquait qu'à la jouissance de certains droits. En réalité, la distinction repose sur une confusion entre le droit de propriété et la chose qui en est l'objet. Comme le droit de propriété se confond avec le bien sur lequel il porte, l'exercice de fait de ce droit se traduit par la possession du bien. Mais en fait, ce qui est possédé, c'est moins le bien que le droit de propriété. En cela, la distinction du droit romain a perdu sa raison d'être (51). Il n'y a donc, aux yeux du droit français, qu'un seul objet pour la possession : le droit réel. S'il s'agit du droit de propriété, on parlera plus volontiers de la possession d'une chose ; quant à l'exercice de fait des autres droits réels, il ne pourra s'agir que de la possession d'un droit. Voilà consacré le lien qui unit le droit à la possession et que traduit la formule : "en réalité, ce n'est pas la chose que l'on possède, c'est le droit que l'on a ou que l'on prétend avoir sur la chose" (52).

---

(50) Cf. supra, n° 16.

(51) WEILL, op. cit., n° 364, p. 323 - RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 5 - PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 143, p. 159.

(52) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, Traité de la Prescription, n° 196.

35. - Cette conception réalise une extension de la possession, puisque vont se trouver concernés non seulement le droit de propriété, mais également tous les droits réels principaux ou accessoires. Il en sera ainsi de l'usufruit, des servitudes, de l'antichrèse, du gage et de l'emphythéose (53). Il faut reconnaître qu'une telle extension nécessite "une adaptation assez considérable de la notion ordinaire de possession, celle-ci ayant été construite comme un décalque du droit de propriété" (54). Ainsi, en ce qui concerne les servitudes, faut-il distinguer celles qui sont continues et apparentes de celles qui ne le sont point, seules les premières étant susceptibles de prescription acquisitive, donc de possession (55). L'objet de la possession renforce ainsi sa finalité d'institution auxiliaire, en lui conférant un domaine bien déterminé. La possession n'étant, au départ, conçue que comme instrument de la propriété, elle ne pourra concerner que les droits qui par leur nature et leur régime juridique s'apparentent au droit de propriété. Il est vrai que les conceptions modernes ont admis une possession autre que celle des droits réels. Ainsi, l'article 1240 du Code civil, en admettant que le paiement, fait de bonne foi à celui qui n'est que possesseur d'une créance, libère le débiteur, envisage-t-il la possibilité d'une possession d'un droit de créance. De même, le droit de la famille consacre une possession d'état (56). Cependant les situations ne sont guère comparables.

---

(53) L'hypothèque, quant à elle, n'est pas susceptible d'un exercice de fait.

(54) CARBONNIER, op. cit., n° 42, p. 145.

(55) WEILL, op. cit., n° 648 et s. - Cf. également AUBRY et RAU, op. cit., p. 125, n° 79 et s.

(56) Article 311.1 et s. du Code civil.

Outre qu'elles sont étrangères au droit des biens, la possession d'une créance et la possession d'état sont loin de produire les conséquences spécifiques de la possession d'un droit réel et relèvent plutôt du domaine de l'apparence (57). Ces raisons conduisent à les écarter de notre champ d'investigation.

36. - La détermination de l'objet de la possession en droit français répond, ainsi, à une logique interne. L'état de fait ne peut être que l'image d'un état de droit dont on n'a pas à se préoccuper, mais qui nécessairement limite l'objet de la possession au seul droit réel. La conception allemande n'est pas enfermée dans les mêmes restrictions. Puisque la possession se réalise par l'exercice d'un pouvoir de fait,sans que celui-ci fasse allusion à un droit quelconque, elle privilégie le bien sur lequel elle porte. La possession allemande apparaît, alors, comme la possession d'une chose et non d'un droit, encore que cette affirmation doive être nuancée.

37. - b) Tous les commentateurs du B.G.B. ont été unanimes à souligner que celui-ci marquait l'abandon du système fondé sur la possession d'un droit pour ne connaître que la possession d'une chose. "Il y a une Sachbesitz, il n'y a plus de possession des droits, il n'y a plus de possessio juris" s'empressa de souligner Saleilles (58). Seule compte la situation de fait telle qu'elle a été envisagée par § 854, alinéa 1. Ce dernier ne pouvait d'ailleurs conduire à une autre conception. A partir du moment où la possession se réduit à un seul pouvoir de fait,sans que celui-ci doive nécessairement traduire l'exercice d'un droit, l'objet de la possession n'a plus à être un droit. On ne peut pas dire qu'il s'agit de la possession d'un droit

---

(57) CARBONNIER, op. cit., n° 42, p. 144.

(58) Rev. crit. 1904, p. 37 - STAUDINGER, op. cit., § 854,20 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 24 - SOERGEL, op. cit., Rem. prélim. § 854,8 - WESTERMANN, op. cit., § 27,I - HECK, op. cit., § 16,5 - KRESS, Besitz und Recht, 1909, p. 241 et s.

de propriété qui se confondrait avec son objet (59), puisque précisément toute référence au droit de propriété est bannie par le système allemand. Plus généralement, aucun droit n'est concerné par la possession. Ainsi, alors que le § 1033 du B.G.B. prévoit la possilité d'acquérir l'usufruit au moyen de la prescription acquisitive, les auteurs ne manquent pas de souligner que la possession requise concerne le bien sur lequel porte l'usufruit et non le droit (60). Institution autonome, la possession n'a donc pour objet qu'une chose, jamais un droit. Tel est du moins le principe qui réalise, en même temps, une des innovations fondamentales du B.G.B. . Il n'en n'a pas toujours été ainsi et, dans une certaine mesure, la possession d'un droit subsiste aujourd'hui.

38. - L'ancien droit allemand la connaissait, mais elle n'avait rien de comparable avec ce que ce terme désigne en droit français. Il ne s'agissait pas de posséder des droits réels sur une chose, mais d'exercer sur elle certains droits d'usage, conformément à la notion et au rôle que jouait la "Gewere" (61). A l'heure actuelle, une possession de même type se retrouve dans certaines lois locales concernant, notamment, les droits de chasse ou de pêche (62). En fait, la jurisprudence n'est pas unanime.

---

(59) SAINT-ALARY, La détention, notion et portée d'application en droit privé français, Thèse Montpellier, 1941, p. 9.

(60) WOLFF-RAISER, op. cit., § 24, II. Selon les règles du droit allemand, l'usufruitier sera possesseur direct et le nu-propriétaire, possesseur médiat ; Cf. infra, n° 135. La solution est identique pour le droit de gage.

(61) Cf. supra, n° 24.

(62) PALANDT, op. cit., Ueberbl. v. § 854,4 - STAUDINGER, op. cit., § 854, 20.

Si elle a effectivement décidé qu'un droit de chasse était un droit au sens du § 823 du B. G. B., on en a, peut-être, déduit un peu rapidement qu'un tel droit était susceptible de possession (63), puisque, par ailleurs, le bénéfice de la protection possessoire lui a été refusé (64). Quant au B. G. B., s'il a abandonné l'ancienne conception, ce n'est pas seulement parce qu'elle était en contradiction avec sa propre définition de la possession, mais parce qu'en grande partie elle était devenue inutile. La possession d'un droit protégeait en fait un détenteur précaire et ne concernait donc pas un droit de propriété. Une telle protection est devenue sans intérêt, à partir du moment où le B. G. B. reconnait la qualité de possesseur au détenteur précaire (65).

39. - Le législateur a pourtant maintenu expressément la possibilité d'une "possessio juris" en matière de servitudes foncières et de servitudes personnelles. Le § 1029 du B. G. B. peut être considéré comme une survivance de l'ancien système (66), qui prévoit que "lorsque le possesseur d'un fonds est troublé dans l'exercice d'une servitude inscrite au livre foncier au profit du propriétaire, il y a lieu d'appliquer par analogie les dispositions relatives à la protection de la possession, si la servitude a été exercée dans l'année qui a précédé le trouble, ne fut-ce qu'une seule fois". Ainsi est protégé le possesseur d'un fonds contre les troubles concernant une servitude inscrite au livre foncier. C'est dire que le détenteur du fonds est protégé en raison d'un droit qu'il possède (67).

---

(63) B. G. H. 5 mars 1958, L. M. § 823 (F), n° 10 - PALANDT, ibidem.

(64) O. L. G. IENA, 30 juin 1921, J. W. 1922, 233, note KERN.

(65) HECK, op. cit., § 16, 2 - SOERGEL, op. cit., Rem. prélim. n° 8, § 854.

(66) HECK, ibidem.

(67) STAUDINGER, op. cit., 2° vol., § 1029, n° 1 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 24, p. 74.

Quant au § 1090, régissant les servitudes personnelles restreintes, il renvoie au § 1029, de telle sorte que l'on peut considérer qu'en cette matière il y a également possession d'un droit. Telles sont les deux exceptions prévues par le législateur allemand. Il faut pourtant se demander, si, en réalité, la "possessio juris" est limitée à ces deux hypothèses. Le B. G. B. connaît un certain nombre de cas de possession sans pouvoir de maîtrise (68). Que peut donc posséder celui qui n'exerce aucun pouvoir de maîtrise, si ce n'est un droit ? En accordant la qualité de possesseur au détenteur précaire, la loi a été conduite à dédoubler la possession (69). Ainsi, un locataire devient-il possesseur direct, alors que le bailleur conserve la seule possession médiate. En l'occurrence, quel est l'objet de la possession du bailleur, si ce n'est son droit de propriété ? Et cette question mérite d'être posée pour tous les possesseurs médiats. De même, le § 857 du B. G. B. prévoit que "la possession passe à l'héritier", sans qu'intervienne nécessairement un transfert du pouvoir de fait. Les héritiers sont alors en possession des droits attachés à la possession du de cujus. La doctrine allemande n'aborde pas la question sous cet angle. A ses yeux, le principe fondamental du B. G. B. étant l'abandon de toute référence à l'état de droit, on ne peut faire ressurgir la "possessio juris" d'une manière détournée ; on peut simplement se demander dans quelle mesure la possession peut, parfois, exister sans réel pouvoir de fait (70).

40. - Est-ce à dire que les auteurs acceptent unanimement l'absence de toute possession d'un droit ? Certaines résistances à la conception du B. G. B. n'ont pas manqué de se faire sentir.

---

(68) Cf. infra, n° 194 et s.

(69) Cf. infra, n° 135 et s.

(70) Cf. infra, n° 90 et n° 194.

Jamais, elles n'ont emporté la conviction de la majorité de la doctrine. Pour Krückmann, tout le mal vient de l'importance accordée au pouvoir de maîtrise (71). Or, à son avis, on ne peut parler du pouvoir de maîtrise que lors de l'acquisition de la possession. Cette étape franchie, comme nul ne songe à exiger un pouvoir de fait de tous les instants, il faut, selon lui, trouver une autre explication (72). Celle-ci sera fournie par l'analyse du contenu de la possession. Puisqu'elle a des effets juridiques, son contenu doit être de même nature. Elle serait alors l'exercice d'un droit. Quel peut être ce droit ? L'auteur ne voit que le droit de propriété qui satisfasse sa démonstration. A partir du moment où il y a possession d'une chose, il y aurait donc possession du droit de propriété (73). Ce serait parce que la possession crée une apparence de droit, qu'elle ne pourrait être qu'une possession d'un droit. Sur ce point, Krückmann va plus loin que les conceptions françaises. Comme la possession n'est, à ses yeux, que l'exercice d'un droit, elle devient elle-même un droit. Cette conséquence explique qu'il en arrive à opérer une sorte de dédoublement en distinguant le droit possédé du pouvoir de maîtrise. Ces deux éléments seraient indépendants, une fois réalisée l'acquisition de la possession, de telle sorte que la perte du pouvoir de maîtrise n'entrainerait pas celle de la possession (74). Le droit continuerait à être possédé, ce qui fonderait la protection possessoire.

Est-il besoin de souligner, qu'au regard du droit positif allemand, cette thèse apparaît comme une pure spéculation ? Aucune des dispositions du B.G.B. ne vient confirmer les opinions de Krückmann dont on ne voit pas comment elles permettent encore de distinguer la possession de la propriété, sans compter les cas où le possesseur n'a et n'aura, de toute évidence, aucun droit de propriété sur le bien possédé.

---

(71) Op. cit. (n° 28, note 40), p. 179 et s.

(72) KRÜCKMANN, ibidem, p. 223.

(73) KRÜCKMANN, ibidem, p. 186.

(74) KRÜCKMANN, ibidem, p. 236.

41. - Le même reproche peut être adressé à Pawlowski (75). Celui-ci ne nie pas que le droit allemand, a priori, ignore la possessio juris (76). Mais, pour l'auteur, il est inutile d'approfondir la notion de possession, d'autant plus que l'interprète n'est pas tenu par les termes de la loi (77). Il lui suffit de prendre en considération certains effets de la possession pour constater qu'ils ne peuvent guère être les conséquences du seul pouvoir de maîtrise. Prescription acquisitive, occupation, acquisition des fruits dépendent d'autres conditions, telles que la possession à titre de propriétaire ("Eigenbesitz") ou la bonne foi. IL apparaît, ainsi, que le point de départ du B. G. B. "est trop étroit pour comprendre l'ensemble des fonctions de la possession" (78). L'auteur suggère, alors, de considérer la possession comme la manifestation de volonté d'une personne désirant acquérir un droit. Le pouvoir de fait concrétiserait la volonté de l'individu, mais la possession ne se réduirait pas à lui seul. Elle aurait pour objet le droit qu'il a voulu acquérir. Dans cette mesure, il y aurait possession d'un droit, à savoir le droit de propriété (79).

On ne peut guère dissimuler qu'une telle opinion n'est pas représentative du système allemand. Et son auteur encourt le même reproche que celui qu'il adresse au B. G. B. . S'il est certain que la définition donnée par ce dernier est trop restrictive (80), celle qu'il propose l'est tout autant. Le rôle de la possession, comme mode d'acquisition de la propriété, ne doit pas être négligé, mais ne peut commander toute sa notion.

---

(75) Op. cit., (n° 28, note 41).
(76) PAWLOWSKI, ibidem, p. 6.
(77) PAWLOWSKI, ibidem, p. 10.
(78) PAWLOWSKI, ibidem, p. 8.
(79) PAWLOWSKI, ibidem, p. 36 et s.
(80) Cf. supra, n° 30.

42. - Au demeurant, en droit allemand, la possession n'existe que par l'exercice d'un pouvoir de maîtrise et son objet est la chose et non le droit. L'opposition entre les systèmes allemand et français demeure, sur ce point, complète. La loi française du 9 juillet 1975 (81) n'a pas opéré de rapprochement entre eux. Tout en accordant la protection possessoire au détenteur précaire, elle lui a refusé la qualité de possesseur, laissant ainsi délibérément hors du champ de la possession les hypothèses où un droit réel fait défaut.

43. - 2°) La détermination du domaine de la possession traduit les mêmes divergences. Les relations étroites que le Code civil a établies entre la prescription acquisitive et la possession conduisent, en droit français, à limiter le domaine de cette dernière aux seuls biens susceptibles d'appropriation (a). Une telle restriction est sans objet en droit allemand (b).

44. - a) Manifestation concrète d'un droit réel, la possession se limite aux biens pouvant être l'objet d'un tel droit. Plus particulièrement, en raison des liens qui l'unissent aux règles de la propriété, elle ne peut s'appliquer à des choses insusceptibles d'appropriation privée. Il en résulte l'élimination d'un certain nombre de biens, soit parce que ceux-ci relèvent du domaine public, soit parce que, s'agissant de choses communes, leur appropriation est inconcevable (82). L'impossibilité, pour un particulier, d'exercer une possession utile sur les biens du domaine public, se justifie aisément, puisque leur nature même les rend inaptes à la propriété privée (83).

---

(81) Citée au n° 14, note 15.

(82) WEILL, op. cit., n° 365, p. 323.

(83) Voir, par exemple, T. correct. Montluçon, 29 septembre 1965, D. 1965, 774, note Delpech - Rev. trim. dr. civ., 1966, p. 109, obs. Bredin.

Cependant, à leur égard, certaines distinctions s'imposent. D'une part, l'Etat, et plus généralement les collectivités publiques, peuvent exercer les actions possessoires pour protéger les biens du domaine public, leur droit sur ces derniers étant comparables au droit de propriété d'un particulier (84). D'autre part, aux particuliers qui se sont vus reconnaître des droits sur le domaine public, les tribunaux accordent, sous certaines conditions, la protection possessoire (85).

Il reste que la possession s'applique, avant tout, aux biens corporels, sans distinction aucune entre meubles et immeubles. Elle réalise une relation privilégiée entre son titulaire et un bien et se limite à la chose sur laquelle elle porte. S'agissant d'un bien divisible, elle peut être partielle (86). De même, l'accessoire peut être possédé indépendamment du principal (87). La seule hésitation concerne le sort des universalités. La possession se définissant comme l'exercice d'un pouvoir de fait sur un bien déterminé, seul un bien corporel entre dans ses prévisions. Telle n'est pas la situation d'une universalité qui, bien que composée de choses parfaitement individualisées, forme par elle-même un bien incorporel. Cela conduit la doctrine et la jurisprudence à ne pas admettre la possession d'une universalité (88). Dès lors, si les biens d'une succession peuvent faire l'objet, individuellement, d'une possession, l'hérédité, en tant qu'universalité de droit, est insusceptible de possession ou de quasi-possession (89).

---

(84) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 144 - Cf. infra, n° 231. C'est ainsi qu'une commune peut invoquer à son profit la prescription trentenaire, fondée sur la possession : Ch. civ., 4 décembre 1888, D. P. 1889, 1, 193.

(85) Cf. infra, n° 269.

(86) Nîmes, 11 mars 1874, D. P. 1875, 2, 56.

(87) Civ. 18 mai 1858, D. P. 1858, 1, 218 - Req. 23 décembre 1861, D. P. 1862, 1, 129.

(88) WEILL, op. cit., n° 366, p. 323.

(89) AUBRY et RAU, op. cit., n° 75, § 178.

Un point de vue identique prévaut en ce qui concerne le fonds de commerce (90). Ces solutions s'imposent dans la mesure où, à proprement parler, aucun droit réel ne peut s'exercer sur une universalité ; le point de vue contraire aurait conduit à étendre la possession à tous les biens incorporels, ce qui, on l'a constaté (91), n'est guère concevable.

45. - b) Le droit allemand ne s'embarrasse pas de toutes ces distinctions. Son domaine de la possession est des plus larges. Dès qu'un bien est susceptible d'un pouvoir de fait, il entre dans le champ de la possession. Certes, il y faut une condition : puisqu'elle suppose une détention, seules peuvent être possédées les choses susceptibles de détention matérielle, à savoir les biens corporels. Ainsi, comme en droit français, se trouvent écartés les biens incorporels (92). La possession ne saurait donc concerner une universalité, les choses possédées devant être individualisées (93). Et lorsque le § 857 du B.G.B. prévoit que "la possession passe à l'héritier", il ne veut pas dire que l'héritier devient possesseur de la succession, mais qu'il succède au de cujus dans l'exercice du pouvoir de maîtrise.

---

(90) Civ. 26 janvier 1914, D. 1914, 1, 112.

(91) Cf. supra, n° 35.

(92) Comme le droit d'auteur : B.G.H. 15 juin 1951, B.G.H.Z., 2, 331, (334). On ne s'étonnera pas de retrouver ici les critiques de PAWLOWSKI, lequel parle alors de possession d'un droit (op. cit. n° 28, note 41) p. 88 - Cf. supra, n° 41.

(93) R.G. 23 décembre 1902, R.G.Z. 53, 218 - R.G. 7 Novembre 1921, R.G.Z. 103, 153.

A l'inverse, le droit allemand ne fait aucune distinction entre les biens qui sont dans le commerce et ceux qui sont hors commerce, puisque, à l'arrière plan, ne se profile pas la question de l'acquisition de la propriété (94). S'agissant des biens du domaine public, la doctrine estime, pour les mêmes raisons, que rien ne s'oppose à ce qu'ils soient l'objet d'une possession (95). La jurisprudence a consacré ce point de vue lorsqu'elle indique, tout d'abord, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre la possession de droit public et celle de droit privé (96), pour reconnaître, ensuite, la qualité de possesseur à celui qui a obtenu la concession d'une partie du domaine public (97), voire à un simple particulier (98). Bien évidemment, l'administration elle-même peut se voir reconnaître la qualité de possesseur (99). La conception allemande permet, de cette manière, un dépassement des solutions françaises. Elle ne se contente pas d'accorder une certaine protection possessoire à ceux qui, particuliers ou collectivités publiques, détiennent des biens du domaine public, mais elle leur en attribue la possession.

---

(94) SCHWAB, op. cit. (n° 24, note 30), p. 61 - STAUDINGER, op. cit., § 854, 19 - PLANCK-BRODMANN, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, T. III, 5° éd., Sachenrecht, § 854, 4.

(95) STAUDINGER, ibidem.

(96) O. L. G. Hambourg 25 septembre 1954, F. Z. IV, n° 2466.

(97) B. G. H. 14 juillet 1956, N. J. W. 1956, 1475 ; B. G. H. Z. 21, 319 ; J. R. 1957, 100 ; J. Z. 1956, 58, note WIEACKER ; M. D. R. 1957, 149 - O. L. G. Celle 11 septembre 1973, N. J. W. 1973, 1987.

(98) O. L. G. Hambourg 20 décembre 1961, M. D. R. 1962, 407 où il est décidé que les emplacements d'un parking peuvent faire l'objet d'une possession réservée au seul occupant actuel. Dans le même sens, O. L. G. Ham. 10 juillet 1970, N. J. W. 1970, 2074, note FRERICHS.

(99) R. G. 22 octobre 1935, J. W. 1936, 399.

46. - Parvenu à ce stade, on peut conclure, quant à la conception originaire de la possession, à une opposition de principe entre les systèmes français et allemand. Pour chacun d'eux, le choix institutionnel révèle un point de départ totalement opposé. Et cette divergence ne peut être conçue comme se situant au seul plan théorique, puisqu'elle va engendrer des conséquences fondamentales pour la notion et le rôle de la possession. Institution auxiliaire en droit français, véritable décalque du droit de propriété (100), elle ne peut être totalement détachée du droit réel dont elle est l'exercice de fait et, de cette manière, se trouvent soigneusement circonscrits son objet et son domaine. L'autonomie de la possession allemande est issue de la rupture des liens avec les règles du droit de propriété. Le refus d'insérer la possession dans un cadre préétabli et rigide, explique, tout à la fois, que son objet soit restreint au bien possédé, mais qu'au contraire son domaine se trouve considérablement élargi.

§ 2 : Possession et situations juridiques voisines.

47. - La possession suppose la détention matérielle, juridiquement protégée. Cette situation ne se rencontre pas exclusivement dans le cadre du droit des biens. L'état de fait, matérialisé par la détention, a été protégé en dehors du domaine ordinaire de la possession (101). On peut songer à la législation spéciale des loyers qui, en instaurant une procédure de maintien dans les lieux, protège un état de fait en lui donnant la primauté sur l'état de droit issu du contrat de bail (102).

---

(100) CARBONNIER, op. cit., n° 42, p. 145.

(101) CARBONNIER, op. cit.,n° 44, p. 152.

(102) RIPERT, "La propriété des maisons d'habitation et la loi du 1er septembre 1948", D. 1948, Chr. 194.

Pour l'occupant, au sens de la loi du 1er septembre 1948, "ce qui importe, ce n'est pas son titre, c'est sa possession, que le Code civil appelait détention" (103). L'exemple est un peu particulier, car il rejoint la question des rapports entre possession et détention, mais il demeure significatif d'une protection accordée à un détenteur, en dehors des règles ordinaires de la possession. Dans cette mesure, il est l'écho de l'essor donné aux notions modernes d'exploitation ou d'occupation (104). A leur égard, la théorie classique de la possession est insuffisante pour traduire l'importance des relations de fait dans l'utilisation des biens (105). Dans de nombreuses hypothèses, l'état de fait sera protégé, alors qu'aucune des conditions de la possession n'est remplie. C'est ainsi qu'on ne peut, dans les exemples cités, parler d'un "animus domini" de la part de l'occupant ou de l'exploitant. De même, cet "animus domini" est inexistant dans des situations plus délicates parce que contraires à la loi, comme l'occupation de locaux vacants par des "squatters" (106). Pourtant, l'état de fait a été pris en compte par les tribunaux, ne serait-ce que lorsque ceux-ci accordent des délais pour quitter les lieux (107).

---

(103) RIPERT, ibidem.

(104) L'exploitant pourra être pris en considération, lorsqu'il s'agira de l'attribution préférentielle de certains biens successoraux (art. 832 du Code civil).

(105) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 10, p. 18 - THERY, "De l'utilisation à la propriété des choses", Mélanges RIPERT, II, p. 17 et s.

(106) CARBONNIER, ibidem, n° 44, p. 153.

(107) Paris, 9 novembre 1955, J. C. P. 1955, II, 8961.

En fait, la possession se distingue aisément de toutes ces situations, celles-ci présentant la caractéristique d'échapper à ses règles. Mais l'hésitation est permise lorsqu'est envisagée la situation créée par la possession à l'égard des tiers. Face à l'exercice d'un pouvoir de maîtrise, les tiers ne vont-ils pas, dépassant le fait matériel, se référer implicitement au droit que ce dernier semble traduire ? La possession n'est-elle pas, à leurs yeux, l'apparence d'un droit ? Elle se réfèrerait alors à la théorie de la propriété apparente (A). Dans un tout autre domaine, le pouvoir de maîtrise exercé sur un bien peut être source de responsabilité et l'on songe, dès lors, à rapprocher la possession de la notion de garde (B).

A) Possession et apparence.

48. - En droit français, la propriété apparente n'a jamais cessé d'être prise en considération. Le propriétaire apparent est celui que les tiers considèrent comme tel, alors qu'en réalité il n'en est rien. "La propriété apparente est en quelque sorte la possession d'état de propriétaire" (108). Ainsi, statuant à propos des actes consentis par un héritier apparent sur les biens d'une succession, la jurisprudence n'a jamais hésité à les valider (109). Plus généralement, elle accorde la protection à ceux qui ont, de bonne foi, traité avec un propriétaire apparent, pourvu que ce fût sous l'empire d'une erreur commune (110).

---

(108) WEILL, op. cit., n° 342, p. 295 - Cf. DERRIDA, Encycl. DALLOZ, Rép. civ. 2° éd., v° Apparence.

(109) Civ. 16 janvier 1843, D. 1843, 1, 49.

(110) E. LEROUX, "Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945", Rev. trim. dr. civ. 1974, p. 509 et s.

En pratique cependant, l'apparence concerne peu les meubles, puisque l'article 2279 du Code civil fait reposer leur propriété sur leur possession. Cela conduit à faire intervenir l'apparence essentiellement pour les ventes d'immeubles ou de biens incorporels, voire les constitutions d'hypothèques (111). Elle n'en est pas moins consacrée dans son efficacité juridique. On a pu souligner "que les actes qu'a passés une personne trompée par une situation juridique contraire à la réalité présentant certaines caractéristiques extérieures de la situation véritable sont définitifs et opposables comme le seraient des actes ayant leur fondement dans des situations entièrement régulières" (112). Peut-on, en conséquence, soutenir que "la théorie de l'apparence explique aussi le rôle considérable donné à la possession, qui n'est pas autre chose que l'apparence de la propriété" (113) ?

49. - L'apparence ne saurait, à elle seule, expliquer la possession comme mode d'acquisition de la propriété. S'agissant des meubles, la propriété, aux termes de l'article 2279 du Code civil, repose sur la possession. Qu'exige-t-on de la part du possesseur ? Qu'il soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait cru à la propriété de son vendeur au moment de la conclusion de la vente. Le fondement de cette solution peut se trouver dans l'apparence (114). La possession du vendeur fait présumer son droit et l'acquéreur se fie à celle-ci.

---

(111) WEILL, ibidem, n° 345, p. 297.

(112) LAURENT "L'apparence dans les problèmes de qualifications juridiques", Thèse Caen, 1931, p. 5.

(113) WEILL, op. cit., n° 346, p. 299.

(114) E. LEROUX, op. cit., p. 511, n° 4.

Elle devient l'instrument de l'apparence (115). Mais ce point de vue est incomplet. L'article 2279 du Code civil exige également que l'acquéreur soit mis en possession. Et, s'il est exact de dire qu'en matière de meubles la propriété repose sur la possession, c'est de la possession de l'acquéreur qu'il s'agit avant tout.

En matière immobilière, les règles de l'usucapion font plus nettement appel à la théorie de l'apparence. Exigeant dans les articles 2265 et suivants du Code civil, de la part de l'acquéreur, la bonne foi et un juste titre, la loi suppose que le possesseur n'a eu aucun doute sur la qualité de son vendeur et qu'en fait tout s'est déroulé comme s'il s'était agi du véritable propriétaire. La situation apparente est juridiquement consacrée. Mais il n'en résulte pas une acquisition instantanée de la propriété. La possession doit se prolonger pendant le temps nécessaire au jeu des règles de l'usucapion abrégée. L'apparence, si elle est nécessaire, ne conduit donc pas, à elle seule, à la propriété. Encore existe-t-il des situations où elle n'intervient pas. Lorsque le possesseur est de mauvaise foi, seule sa possession trentenaire lui fera acquérir le droit de propriété. Il n'aura jamais été trompé par une apparence (116). La possession peut ainsi être amenée à corroborer l'apparence, et même à s'y substituer.

Qu'il s'agisse de la propriété mobilière ou immobilière, l'apparence n'a besoin que d'être relative, lorsque s'appliquent les règles de la possession. Seul le tiers acquéreur doit croire dans la conformité de l'apparence avec le droit du vendeur. L'application de la théorie de la propriété apparente, réalisant une acquisition instantanée de la propriété, suppose au contraire que la situation apparente ait engendré une "erreur commune" de manière à tromper tout un chacun (117).

---

(115) LAURENT, ibidem, n° 92.

(116) E. LEROUX, ibidem, n° 6.

(117) A. WEILL, ibidem, n° 347, p. 300 - E. LEROUX, ibidem, n° 5 et 6.

50. - Les auteurs allemands sont beaucoup plus discrets lorsqu'ils se penchent sur les liens éventuels entre la possession et la théorie de l'apparence.

En matière immobilière, cette réserve n'étonne pas. L'apparence suppose que les tiers ignorent l'état réel des choses. Ils croient à la réalité d'un droit qui n'est qu'apparent. Une telle erreur est en principe inconcevable dans les législations qui, comme le droit allemand, font reposer la constitution et le transfert des droits réels immobiliers sur le système des livres fonciers. Pourtant, l'apparence en est-elle totalement exclue ? "Celui qui est inscrit au livre foncier comme propriétaire d'un immeuble sans en avoir acquis la propriété, l'acquiert lorsque l'inscription a subsisté pendant trente ans et lorsqu'il a possédé cet immeuble à titre de propriétaire pendant cette même période", indique le § 900 du B. G. B. . N'est-ce pas là, consacrer juridiquement un état de fait ? Certes, la solution n'est pas identique à celle du droit français ; ce n'est pas la possession seule qui fonde l'apparence, mais également l'inscription au livre foncier.

Quant aux meubles, la question ne s'est pas posée directement, mais au travers de l'un des effets de la possession. Le B. G. B. consacre le § 932 à l'acquisition a non domino (118). Peu de chose semble opposer le système du B . G . B . et celui de l'article 2279. Pourtant, qu'exige le § 932 du B. G. B. ? En premier lieu, la bonne foi de l'acquéreur, qui consiste à ignorer le défaut de propriété de l'aliénateur. Ensuite, un juste titre, puisque le transfert du bien doit se faire conformément aux règles du droit commun. Cette condition du juste titre, propre au B. G. B., renforce le rôle de l'apparence. L'élément déterminant est constitué par la possession du vendeur qui crée l'apparence et engendre l'erreur du tiers.

---

(118) "L'aliénation opérée conformément aux dispositions de l'article 929 rend l'acquéreur propriétaire même lorsque la chose n'appartient pas au vendeur, sauf s'il n'était pas de bonne foi à l'époque où il eût acquis la propriété conformément à ces dispositions." Cf. infra, n° 350.

Ce point de vue est unanimement défendu par la doctrine, pour qui l'une des explications fondamentales du mécanisme du § 932 du B.G.B. est précisément l'apparence ("Rechtsschein"), issue de la possession du vendeur (119). D'une certaine manière, l'apparence a des effets plus complets qu'en droit français, car la mise en possession du tiers acquéreur n'est pas une condition du § 932 du B. G. B., mais une conséquence normale du jeu du § 929 du B. G. B. . Les liens entre possession et apparence sont, sur ce point, très étroits.

Mais ce point de rapprochement entre les deux théories est très partiel. Et il ne peut guère en être autrement. La possession allemande n'est pas, on l'a constaté, l'exercice de fait d'un droit réel ; elle ne saurait donc en être l'apparence. C'est la situation inverse qui se rencontre en droit français et qui explique que l'on y songe, plus fréquemment, à rapprocher la possession de la théorie de l'apparence.

B) Possession et garde.

51. - La responsabilité générale du fait des choses repose, en droit français, sur l'article 1384, alinéa 1 du Code civil. L'on sait comment, à partir d'une interprétation littérale de cette disposition, les tribunaux en sont venus à établir une présomption de responsabilité à l'encontre de celui qui a sous sa garde la chose inanimée, cause du dommage (120).

---

(119) SOERGEL, op. cit., § 932, 6 - STAUDINGER, op. cit., § 932, 20.

(120) M. et L. MAZEAUD, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. II, n° 1138 et s. - B. STARCK, Droit civil des obligations, n° 365 et s.

La garde sert ainsi à désigner celui contre qui doit être intentée l'action en responsabilité.

Comment, dès lors, déterminer le gardien responsable ? Deux conceptions s'opposèrent dans une longue controverse. Au départ, l'accord se fit pour considérer, en principe, que la garde était présumée dans la propriété. Les divergences apparurent lorsqu'il s'est agi de savoir comment la garde pouvait être perdue. Ceux qui considéraient la garde comme un lien de rattachement juridique estimaient que seul un transfert de propriété pouvait réaliser un transfert de la garde. Cette opinion fut confortée par un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation admettant que le propriétaire d'une automobile volée demeurait gardien responsable (121). La juridiction de renvoi, refusant de s'incliner (122), les Chambres réunies furent saisies à leur tour et condamnèrent la solution de la Chambre civile (123). Ce faisant, elles définirent la garde par le triple pouvoir d'usage, de direction et de contrôle qu'une personne peut exercer sur une chose. Privé de ce pouvoir, le propriétaire n'a plus la garde de la chose, il ne peut donc plus être présumé responsable en vertu de l'article 1384, alinéa 1, C. civil.

52. - Le contenu de la garde ainsi déterminé, l'analogie avec celui de la possession apparaît plus clairement. Bien plus, on pourrait songer à détacher complètement la garde du droit de propriété et à l'assimiler à la possession, au sens large du terme cependant, puisqu'il faudrait y inclure les actes de détention.

---

(121) Civ. 3 mars 1936, S. 1937, 1, 109 ; D. 1936, 1, 81, note H. Capitant.

(122) Besançon 25 février 1937, D. H. 1937, 182.

(123) Arrêt FRANK, Ch. réunies 2 décembre 1941, S. 1941, 1, 217, rapport LAGARDE, note H. MAZEAUD ; D. C. 1942, J, 25, note RIPERT.

A la suite de l'arrêt Frank, ne peut-on pas, en effet, soutenir qu'en "réalité le propriétaire n'est pas gardien parce qu'il est propriétaire ; il est présumé gardien en raison du pouvoir dont il est normalement investi sur la chose" (124). Ce pouvoir serait de même nature que celui qui fonde la possession, tous deux traduisant une maîtrise de fait sur un bien . La garde serait alors "la possession envisagée comme source d'obligations, et non plus seulement de droits" (125).

Au regard de la responsabilité civile, il n'est pas indifférent de mettre l'accent sur la possession ou sur la propriété. Prendre en considération la possession, c'est estimer que, dans l'arrêt Frank, la Cour de Cassation a renoncé à présumer l'existence de la garde dans la propriété. La détermination du responsable nécessiterait la preuve qu'au moment où se produit le fait générateur du dommage,il existe entre l'individu et la chose une relation impli- impliquant un pouvoir de maîtrise rendant l'individu gardien de la chose. On renoncerait ainsi à toute détermination préalable du responsable (126).

En réalité, telle n'est pas la conception dominante en doctrine comme en jurisprudence. Jamais la possession n'a été envisagée comme pouvant être le critère de la garde (127). L'arrêt Frank lui-même renforce la présomption à l'égard du propriétaire, puisqu'il s'exprime en termes négatifs (128). Ce n'est que lorsque le propriétaire est privé de l'usage, de la direction et du contrôle d'une chose, qu'il ne peut plus être considéré comme en ayant encore la garde.

---

(124) GOLDMANN, De la détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées , Paris, 1947, p. 48, n° 23.

(125) CARBONNIER, op. cit., n° 110, p. 393 - RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2288.

(126) M. PUECH, L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle , Paris 1973, n° 218, p. 178.

(127) CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 152.

(128) STARCK, op. cit., n° 456.

Ainsi, un automobiliste a été déclaré responsable d'un accident alors qu'il était dans un cabaret au moment de l'accident, mais qu'il n'avait pas réussi à démontrer la perte de la garde (129). La possession ne se substitue pas à la notion de garde qui demeure étroitement liée à la propriété, permettant ainsi la désignation préalable du responsable lorsque les circonstances de la garde ne sont pas élucidées (130).

53. - Le problème de la garde n'a pas le même écho en droit allemand. Elle est totalement étrangère au système de la responsabilité civile extracontractuelle, fondé sur l'acte illicite (§ 823). Pourtant, elle ne demeure pas totalement ignorée, mais sa portée est en définitive, comme en droit français, très limitée. Certains auteurs se réfèrent à l'ancienne "custodia" du droit romain. Le § 854 alinéa 1 B. G. B. se contentant d'affirmer que la possession s'acquiert par l'exercice d'un pouvoir de fait, comment se détermine son point de départ ? Lorsque l'exercice du pouvoir de maîtrise se réalise par l'appréhension matérielle du bien, c'est à ce moment que s'acquiert la possession (131). Mais s'agissant de meubles, il est admis qu'une simple possibilité d'exercer le pouvoir de fait suffit à l'acquisition de la possession. Cette possibilité sera donnée dès qu'un bien se trouve sous la garde de celui qui veut exercer le pouvoir de fait (132). La garde permettant l'exercice du pouvoir de maîtrise est, par là même, à l'origine de l'acquisition de la possession.

---

(129) 2° Civ. 7 avril 1967, Bull. civ. II, n° 136, p. 96.

(130) M. PUECH, ibidem, n° 219, p. 179.

(131) Cf. infra n° 193, Sur la "custodia", cf. SAVIGNY, op. cit. (n° 8, note 6), § XVII, p. 234.

(132) DERNBURG, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens , T. III, Das Sachenrecht, § 16, II, 2.

D'une manière plus générale, l'imprécision relative du § 854, alinéa 1 permettra à la garde de constituer la sphère d'activité privilégiée de la possession. La garde n'est plus une relation unique entre un individu et une chose, mais elle fixera l'étendue du domaine de la possession, tout au moins en ce qui concerne les meubles. Pour qu'un meuble soit possédé, il suffit qu'il se trouve dans la maîtrise effective d'une personne. Dès qu'il sort du pouvoir de cette dernière, il n'y a plus possession. Tout ce qui est dans la garde d'un individu est donc possédé par lui (133). Chaque personne serait ainsi affectée d'une "Besitzsphäre", d'un champ d'action où s'exercerait, sans aucune autre condition, le pouvoir de fait.

Cette opinion ne réalise pas un apport fondamental à la définition de la notion de possession. En outre, si elle permet de préciser la notion de pouvoir de fait, elle n'opère pas, à l'image du droit français, une véritable confrontation de la possession avec une institution voisine. Ceci explique qu'elle ne constitue qu'une opinion isolée au sein de la doctrine allemande.

54. - La confrontation entre les législations française et allemande voit son intérêt limité au rapprochement de la possession avec la théorie de l'apparence, sans qu'il faille pour autant, en ce qui concerne cette fois le seul droit français, négliger les rapports de la possession avec la notion de garde. De ces différents rapprochements, la possession sort confortée dans son particularisme. Si, en effet, certains de ces aspects sont empruntés à des situations juridiques voisines, aucun, on a pu le constater, ne permet d'expliquer à lui seul l'ensemble de ses mécanismes. Sa nature d'institution spécifique est ainsi confirmée.

---

(133) BEKKER "Zur Reform des Besitzrechts", Dogm. J., 30, p. 235.

55. - Seule demeure essentielle, la divergence attachée au rôle qu'elle joue en tant qu'institution. Elle met en évidence l'opposition des deux droits dans leur manière d'appréhender, à l'origine, la possession. De ce choix institutionnel découle l'image que s'en font la loi et la doctrine. Institution auxiliaire en droit français, parce que conçue et insérée dans le cadre des droits réels, elle ne conquiert son autonomie qu'en droit allemand, lorsqu'elle se détache de tout substrat juridique. Cette dissemblance devrait aboutir à une opposition complète des deux systèmes. En fait, cette conclusion pour logique qu'elle soit, se révèlera inexacte. Et l'étude de la nature juridique de la possession, tout aussi révélatrice de son insertion au sein d'un système juridique, apportera un premier démenti à une divergence trop tranchée.

Section II : LA NATURE JURIDIQUE DE LA POSSESSION.

56. - Exercice de fait d'un droit réel ou simple pouvoir de maîtrise, la possession exige avant tout une expression concrète. A cet égard, elle est sans aucun doute un état de fait aussi bien en droit français qu'en droit allemand. Pourtant, si elle est prise en charge par le droit, ce n'est pas tant pour l'état de fait lui-même que pour ses conséquences juridiques. Le recours à la notion de situation de fait, s'il permet une première approche, est insuffisant. Au sein de la possession coexistent le fait et le droit, dualité que traduit l'origine du terme "possession", puisque "potis" évoque l'idée de pouvoir, donc de droit, tandis que "sedem" fait allusion à un rapport de fait (134). Aux yeux du Code civil, ces deux éléments sont unis par des liens relativement étroits, dans la mesure où l'état de fait traduit nécessairement l'exercice d'un droit réel (135). La distance entre le droit et le fait est beaucoup plus sensible dans le B. G. B. .

---

(134) OURLIAC, op. cit., (n° 7, note 4), p. 201 - Cette dualité n'a pas échappé à SAVIGNY : op. cit. (n° 8, note 6), § 6, p. 48.

(135) Cf. supra, n° 12 et s.

A lire le § 854, on ne peut soupçonner aucune des conséquences que la loi attache à l'usage du pouvoir de maîtrise (136). Comment tenir compte de cette dualité en qualifiant juridiquement la possession ? C'est bien là toute la difficulté, d'autant plus qu'en présence d'éléments aussi irréductiblement opposés que le sont le droit et le fait, il paraît difficile de proposer une qualification qui soit également une synthèse. On ne s'étonnera donc pas de trouver en doctrine deux écoles, l'une qualifiant la possession de droit (§ 1), l'autre de fait (§ 2), selon que l'accent aura été mis sur ses effets ou sur son fondement matériel. Mais cela ne signifie pas qu'en fin de compte, les différentes opinions soient totalement inconciliables.

§ 1 : La possession en tant que droit.

57. - Mettant en évidence les effets juridiques de la possession, notamment l'acquisition de la propriété, certains auteurs, français et allemands, estiment qu'ils infléchissent la nature de la possession au point d'en faire un droit. Mais les données du débat doivent être précisées. Il est, en effet, possible de rapprocher le droit et la possession, sans envisager d'aucune façon les problèmes de qualification. L'exercice d'un droit implique parfois celui de la possession. Il en va ainsi du droit de propriété dont elle détermine le contenu. Il s'agit, dans cette mesure du "jus possidendi", d'un droit à posséder, conséquence d'un autre droit réel. On peut également vouloir désigner l'ensemble des effets juridiques de la possession. On parlera dans ce cas de "jus possessionis", d'un droit de la possession, de la même manière dont on envisage un droit des biens ou un droit de la famille (137).

---

(136) Cf. supra, n° 26 et s.

(137) RODIERE op. cit. (n° 10, note 11) n° 6 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 27, p. 32 - CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 153.

Ces deux démarches sont étrangères à la détermination de la nature juridique de la possession. Celle-ci doit être qualifiée pour elle-même de droit réel (A) ou de droit autre que réel (B).

A) La possession est un droit réel.

58. - Cette thèse a été soutenue aussi bien par une partie de la doctrine française que par certains auteurs allemands. Partant du rapport qui s'établit entre le bien et le titulaire de la possession, elle réalise une complète analogie avec le droit de propriété (a). Mais force est de reconnaître qu'une telle opinion demeure très critiquée (b).

59. - a) En France, peu d'auteurs affirment que la possession est un droit réel. Lorsqu'ils le font, ils se penchent sur elle en insistant uniquement sur ses effets, notamment l'acquisition de la propriété et la protection possessoire. Ce faisant, ils élargissent en le déformant le sens normalement dévolu à l'expression "jus possessionis" (138), pour aller jusqu'à conférer à la possession le caractère de droit réel. Ainsi, note Radulesco, ce qui est caractéristique pour la possession c'est que le fait générateur du droit et le droit lui-même se confondent. Le possesseur n'a un droit que tant qu'il possède : "la possession comme état de fait est la condition permanente de la possession comme droit" (139). Le fait est transformé en droit à partir du moment où il est juridiquement protégé. La relation entre le possesseur et la chose est qualifiée non pas en fonction de ce qu'elle est, mais en fonction de ses aptitudes à produire des effets de droit.

---

(138) Cf. supra, n° 57.
(139) RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 22.

Cette conception répond à une certaine logique du système français, dans la mesure où elle ne fait qu'accentuer le lien entre possession et propriété. Pourtant, elle n'a guère de partisans et l'on s'étonne d'autant plus de la voir défendue, à l'heure actuelle, par Esmein (140).

60. - De prime abord, rien dans le § 854 du B. G. B. ne prédisposait la doctrine allemande à envisager la possession comme un droit réel. Au contraire, l'innovation la plus marquante n'avait-elle pas été de consacrer l'autonomie de la possession ? (141). On ne peut donc manquer d'être surpris par l'ampleur du courant doctrinal qui confère à la possession la nature de droit réel. A l'image de la doctrine française, les auteurs allemands ont été très attentifs à la protection légale de la possession. De ce point de vue, selon eux, elle ne peut se réduire à une simple maîtrise de fait. Celle-ci s'accompagne d'un droit : celui de la défendre. Tout possesseur a donc le droit de se maintenir en possession du bien détenu et par là même la possession est un droit. Puisque celui-ci a pour objet un bien, il ne peut s'agir que d'un droit réel (142). Cette dernière affirmation ne va pourtant pas sans quelques hésitations. Les partisans de cette thèse ne vont pas jusqu'à assimiler la situation du possesseur à celle du titulaire d'un droit réel. Aussi, même s'ils se résignent à en parler comme d'un droit réel, la possession ne saurait être, par rapport au droit de propriété, qu'un droit de moindre importance (143).

---

(140) AUBRY et RAU, op. cit., § 177, n° 74, p. 117.

(141) Cf. supra, n° 22 et s.

(142) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, op. cit. (n° 23, note 27) T. I, Allgemeiner Teil, p. 302 et s. . Dans le même sens : ZITTELMANN, Internationales Privatrecht, II, p. 307 et s. - V. GIERKE, op. cit. (n° 24, note 31) § 5, I - STAUDINGER, op. cit., Rem. prélimin., § 854, 10, p. 26.

(143) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, ibidem, p. 303.

On est allé jusqu'à proposer deux catégories de droits réels. Certains, tels la propriété ou l'usufruit, se rattacheraient aux droits réels par leur contenu. D'autres ne s'y référeraient que par leur opposabilité aux tiers : ce serait le cas de la possession (144).

61. - Délaissant ce terrain, une autre partie de la doctrine invoque, aussi curieux que cela puisse paraître, les termes mêmes du § 854 du B. G. B. (145). La lecture de ce texte ne pouvant conduire à considérer la possession comme un droit, ces auteurs insistent sur le sens qu'il convient de donner au mot "Besitz". Selon leur opinion, s'il désigne bien le pouvoir de fait, il s'étend également aux droits qui s'y rattachent. Dans cette dernière acception, "Besitz" devient synonyme de "jus possessionis" (146). Par là même est établi le lien entre possession et droit, qui va permettre de la considérer comme un droit malgré l'obstacle littéral du § 854 (147). La nature juridique de la possession serait ainsi fonction du sens donné au terme qui sert à la désigner, sens lui-même dépendant des effets qu'elle engendre. On rejoint sur ce point la première opinion, car, tout compte fait, ce sont les conséquences de la possession qui modèlent sa nature juridique.

62. - Ces deux premières opinions sont comparables à la démarche française. La troisième, en revanche, s'appuie sur les particularités du droit allemand en ne se limitant plus aux effets stricto sensu de la possession, mais en envisageant l'ensemble de ses conséquences au sein du droit civil.

---

(144) ZITELMANN, ibidem, p. 307.

(145) Cf. supra, n° 27.

(146) Cf. supra, n° 57.

(147) WINDSCHEID-KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, p. 793-WESTERMANN, op. cit., § 8, 4.

Ainsi, lorsque le § 857 (148) prévoit la transmission de la possession à cause de mort, en dehors de tout transfert du pouvoir de maîtrise, c'est un droit qui est transmis (149). Les termes du § 1007 qui permettent à celui qui a possédé une chose mobilière d'en demander "restitution au possesseur actuel lorsque celui-ci n'était pas de bonne foi lors de son entrée en possession" conduisent à une conclusion identique. Le possesseur qui agit sur le fondement de ce texte défend non seulement un droit à la possession, mais également une possession qui est elle-même devenue un droit. N'est-on pas allé jusqu'à affirmer qu'il s'agissait là d'une protection possessoire de nature pétitoire ? (150).

Mais surtout, doctrine et jurisprudence se sont posées certaines questions lorsqu'il s'est agi d'appliquer le § 823 du B. G. B. . Celui-ci, fondement du système de la responsabilité civile allemande, prévoit que "quiconque agissant intentionnellement ou par négligence, porte atteinte illégalement à la vie, au corps, à la santé, à la liberté, à la propriété ou à tout autre droit appartenant à autrui, est tenu à l'égard de celui-ci à la réparation du préjudice qui en résulte". La possession est-elle précisément un droit au sens où l'entend le § 823 ? Les auteurs n'ont pas hésité à l'affirmer, et certains en ont déduit qu'il s'agissait d'un droit réel (151). La jurisprudence partage ce point de vue. Un locataire a pu opposer son bail à un tiers et faire condamner ce dernier à réparer les troubles qu'il avait commis à son égard. En invoquant sa qualité de locataire (152),

---

(148) Cf. supra, n° 39.

(149) GIERKE, op. cit. (n° 24, note 31) § 5, 1.

(150) Cf. infra, n° 300 et s.

(151) WESTERMANN, op. cit., § 8, 4 - STAUDINGER, op. cit., Rem. prélim. § 854, 10, p. 26.

(152) Le locataire, comme tout détenteur précaire, est possesseur en droit allemand.

c'est en réalité sa situation de possesseur qu'il défendait. Sa possession issue d'un contrat est déclarée opposable à un tiers parce qu'elle est assimilée à un droit au sens du § 823. Et le Tribunal d'Empire prend soin de préciser qu'à partir du moment où la possession rend le bail "opposable" aux tiers, le droit du possesseur est comparable à un droit réel (153). Plus récemment, la Cour Fédérale de Justice a réaffirmé que la possession était un droit au sens du § 823, mais en prenant soin de préciser qu'à ses yeux cela ne signifiait pas qu'elle-même soit un droit (154). Jurisprudence et doctrine sont donc unanimes pour considérer que le § 823 s'applique à la possession, mais seule une partie de la doctrine continue, à l'heure actuelle, à en déduire que la possession est un droit. Pour conforter la solution issue de l'application du § 823, les auteurs soulignent, enfin, que dans le même esprit elle est une source d'enrichissement sans cause aux termes du § 812 du B. G. B. (155).

---

(153) R. G. 28 décembre 1904, R. G. Z. 59, 326 - R. G. 25 octobre 1917, R. G. Z. 91, 60 (65) qui affirme d'une manière plus nuancée qu' "au regard de la protection des droits, la possession est considérée comme un droit et par conséquent est visée par le § 823, al. 1". - R. G. 21 juin 1921, R. G. Z. 102, 344 (347) - R. G. 4 octobre 1922, R. G. Z. 105, 213 (218) . La possession est également un droit au sens du § 771 Z. P. O. : R. G. 25 janvier 1921, J. W. 1921, 1246, note L. ROSENBERG.

(154) B. G. H. 21 avril 1960, B. G. H. Z. 32, 194 (204).

(155) STAUDINGER, ibidem.

L'ampleur du mouvement doctrinal ne traduit peut-être pas exactement l'opinion des auteurs allemands. Car ceux-ci, devant les nombreuses critiques qui leur furent adressées, ont été conduits à nuancer leur position. En France, l'effet des critiques fut plus radical. Elles ont pratiquement abouti à l'abandon totale de la thèse qui fait de la possession un droit réel.

63. - b) Une partie des auteurs allemands a mis en relief l'aspect paradoxal, aux yeux des conceptions du B. G. B., de l'opinion assimilant la possession à un droit réel. Contrairement, en effet, à ce dernier, elle ne grève pas un bien (156). Ce qui la caractérise, c'est sa totale dépendance du pouvoir de fait. Elle n'est qu'une relation entre un individu et une chose, relation privilégiée certes, mais qui dans ses conséquences demeure fort éloignée d'un droit réel tel le droit de propriété. Cela est particulièrement vrai en matière immobilière où la constitution et le transfert des droits réels reposent sur le système du livre foncier. Or il n'a jamais été question d'inscrire la possession au livre foncier, ce qui aurait dû être le cas si elle avait constitué un droit réel (157). D'ailleurs, dans le B. G. B., elle n'apparaît à aucun moment comme pouvant être assimilée à un droit réel (158).

Enfin, il ne faut pas oublier qu'en droit allemand la possession intervient dans les rapports contractuels. En conférant la qualité de possesseur au simple détenteur précaire, le B. G. B. a-t-il entendu transformer la nature de son droit ? Aucune réponse précise et affirmative n'a été apportée à cette question.

---

(156) LENT, Sachenrecht, 11° éd., § 3, IV.
(157) HECK, op. cit., § 17, IV.
(158) HECK, ibidem.

Bien que possesseur, le détenteur demeure titulaire d'un droit personnel (159). Cela apparaît comme suffisant pour ne pas admettre que la possession soit définie comme un droit réel.

Cependant, cela n'a pas paru déterminant pour refuser de la considérer comme un droit. Face aux critiques émises à leur encontre, les partisans de l'assimilation de la possession au droit réel n'ont abdiqué que pour partie. S'ils admettent qu'il est difficilement concevable, notamment dans les rapports contractuels, de parler de droit réel, ils ne continuent pas moins de soutenir qu'il s'agit d'un droit. On ne peut, estiment-ils, sous-estimer les effets juridiques attachés à la possession. Celle-ci fait alors selon eux figure d'un droit d'une nature particulière, "dingliche Rechte im weiteren Sinn" (160).

64. - Ainsi, paradoxalement, l'autonomie de la possession ne se retrouve pas dans sa nature juridique, du moins aux yeux d'une partie de la doctrine. En droit français la situation est inverse. On peut considérer que la thèse faisant de la possession un droit réel a été abandonnée. D'ailleurs, bien plus que sous les coups des critiques, elle a succombé parce qu'elle n'avait jamais réussi à convaincre que ses propres partisans. De toute manière, elle était difficilement conciliable avec l'optique française de la possession. Celle-ci étant l'exercice de fait d'un droit réel, on voit mal comment l'état de fait peut emprunter sa nature juridique à l'état de droit qu'il est censé représenter.

65. - S'il apparaît donc que les deux droits ont renoncé à la considérer comme un droit réel, une originalité subsiste en Allemagne dans la mesure où elle continue d'être qualifiée de droit.

---

(159) Voir cependant R. G. 28 décembre 1904, R. G. Z. 59, 326 ; supra nº 62. Cf. également DULCKEIT "Die Verdinglichung obligatorischer Rechte" 1951.

(160) HECK, ibidem : "droit réel au sens large".

C'est dans une toute autre direction que s'orientent ceux qui, tout en la considérant comme un droit, s'éloignent de l'emprise des droits réels.

B) La possession est un droit autre que réel.

66. - Dans les deux législations, cette thèse fait figure d'opinion marginale. Certains, pour contourner la difficulté, ont souligné que si la possession représentait effectivement un véritable droit, le pouvoir de maîtrise qui la matérialise doit être rattaché à un individu. Elle est alors protégée comme un droit de la personnalité (a). D'autres, esquivant définitivement toute difficulté, la considèrent comme un droit "sui generis" (b).

67. - a) Ce sont Aubry et Rau qui, en droit français, ont imaginé de rattacher la possession aux droits de la personnalité : "on ne pourrait attribuer à la possession le caractère d'un droit qu'en la rattachant à la personnalité de l'homme dont elle est une manifestation. Mais à ce point de vue même, elle ne serait toujours qu'un droit dérivé de cette personnalité, et non un droit subsistant par lui-même, comme la propriété ou les servitudes" (161). Certes, le titulaire du pouvoir de fait a la maîtrise d'un bien. Et c'est de lui seul que dépend la réunion des différents éléments constitutifs de la possession. L'individu qui détient un bien est seul maître pour conférer à cette détention les caractères d'une véritable possession (162). Au travers de sa réalisation matérielle, elle peut effectivement apparaître comme une manifestation de la personnalité de l'individu auquel elle se rattache. Cependant, si le rôle de la volonté du possesseur ne peut être nié, cette dernière resterait inefficace en l'absence de toute disposition légale le protégeant (163).

---

(161) AUBRY et RAU, op. cit., § 177, nº 74, p. 117, note 4.

(162) Il faut réserver la situation du détenteur précaire.

(163) AUBRY et RAU eux-mêmes étaient conscients des limites de leur thèse Cf. ibidem.

Les auteurs allemands, partisans de cette même conception, insistent de leur côté sur la notion de pouvoir inhérent à la possession. Lorsque l'on parle d'elle comme d'un pur fait, on ne met, à leur avis, en relief qu'un de ses aspects. En réalité, peu importe qu'il y ait un rapport entre une personne et un bien, seule compte l'origine de ce pouvoir. Or ce dernier émane de la personne du possesseur. La possession est la faculté d'agir sur une chose; elle est moins un droit sur cette chose qu'un pouvoir virtuel offert à tout individu (164). Dans cette mesure, elle s'apparente aux droits de la personnalité. La démonstration n'est pas plus convaincante qu'en droit français. Le pouvoir de fait ne peut se concevoir en dehors d'un bien qui lui permette de se réaliser. Seule une relation caractérisée entre un individu et un bien constitue des faits de possession. Celle-ci est donc nécessairement un pouvoir sur un bien et on ne voit pas comment l'on peut, lorsqu'il s'agit de la qualifier, faire abstraction de cette donnée pour se reporter exclusivement sur la personne de son titulaire.

68. - b) Devant cette difficulté, certains ont été tentés de rompre avec les classifications traditionnelles. La possession leur continue d'apparaître comme un droit, mais sans que l'on définisse plus avant ses caractères. Une telle démarche est propre au droit allemand. Ses partisans refusent de trancher le dilemme et se bornent à constater, comme le faisait déjà Savigny, que la possession "est un fait par son essence et un droit par ses effets" (165). Peut-être ont-ils également voulu, en simplifiant le débat, mettre fin aux reproches qu'aurait pu leur adresser le même auteur lorsqu'il estimait que "rappeler les nombreux volumes que les auteurs ont écrits sur cette question, serait aussi inutile que leur lecture est peu instructive" (166) !

---

(164) PLANCK-BRODMANN, op. cit., Rem. prélim. § 854, 5.

(165) SAVIGNY, op. cit. (n° 8, note 6) § 5, p. 44.

(166) SAVIGNY, ibidem, p. 45.

Plus qu'une véritable qualification, c'est une description de l'ensemble des mécanismes de la possession que réalisent les tenants de cette thèse. Ils se bornent à constater qu'elle est pour partie un simple fait, de par son essence et pour partie un droit, de par ses conséquences. Ces observations conduisent à la qualifier d'une manière hybride en la considérant comme un droit "sui generis" (167). Cette démarche est peu satisfaisante dans la mesure où elle ne résout la difficulté qu'en la supprimant.

69. - Le bilan de ces différentes tentatives doctrinales permet une double constatation. D'une part, les thèses défendues respectivement en droit français et en droit allemand peuvent paraître paradoxales. Avec raison le droit français se refuse à voir dans la possession un droit, alors même que toute sa conception s'insère dans le cadre des droits réels. En revanche, c'est le droit allemand qui, tout en consacrant son autonomie la considère comme un droit. D'autre part, la portée des différentes opinions doit être nuancée. Celles qui ne rattachent pas la possession au droit réel peuvent être tenues pour négligeables dans l'ensemble du courant doctrinal. Les plus importantes demeurent celles qui se réfèrent à la possession comme à un droit réel. Mais cette conception s'est effondrée en droit français, ouvrant ainsi aux auteurs de nouveaux champs d'investigations. Le droit allemand, de son côté, ne s'est pas figé dans ses conceptions originaires, mais, au contraire, a essayé de les dépasser. Ainsi en envisageant la possession comme un état de fait, les deux droits vont-ils effectuer une démarche commune et convergente.

---

(167) EICHLER, Institutionen des Sachenrechts, T. III, 1° vol. ; p. 2 et s. - SOERGEL, op. cit., Rem. prélim. § 854, n° 4 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 3, III. L'opinion de HECK qui la considérait comme un droit réel au sens large, participe de la même conception : Cf. supra, n° 63.

§ 2 : La possession en tant que fait.

70. - Rechercher la nature juridique de la possession en partant de l'état de fait paraît plus satisfaisant que les tentatives précédentes. Le pouvoir de maîtrise établit avant tout une relation matérielle entre le possesseur et la chose. Et si le fait peut conduire au droit, il n'est pas engendré par lui puisque tout au contraire la question est indépendante du point de savoir si l'on est juridiquement le véritable titulaire de ce droit. A partir de cette constatation, deux voies sont possibles. La première qualifiera la possession de pur fait (A), la seconde apportera une précision essentielle en conférant à ce fait certains traits juridiques (B).

A) La possession est un pur fait.

71. - En droit français, cette idée est essentiellement défendue par Planiol et Ripert : "la possession est un fait, il n'y a de juridique et d'institution que les moyens employés par la loi pour protéger ce fait ou le détruire" (168). Pothier exprimait déjà la même opinion en affirmant que"la possession est un fait plutôt qu'un droit dans la chose que l'on possède, Un usurpateur a véritablement la possession de la chose dont il s'est emparé injustement ; il est néanmoins évident qu'il n'a aucun droit dans cette chose" (169). Cette conception est trop restrictive. Elle s'en tient à la seule matérialité de la possession sans envisager à aucun moment ses effets. De ce point de vue, tout droit réel comporte un état de fait qui lui permet de se concrétiser; or ce n'est pas cette circonstance qui détermine sa nature juridique.

---

(168) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 143, p. 158 - RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2282, note 1.

(169) Op. cit. (n° 13, note 12), p. 268.

Outre-Rhin, cette thèse n'a trouvé aucun écho. Au regard des conceptions du B. G. B. cela peut paraître étonnant, mais dans son ensemble la doctrine s'est refusée à faire abstraction des conséquences juridiques de la possession. Certains ont nuancé leur opinion en donnant au terme "Besitz" des sens multiples (170). L'un d'entre eux, au moins, désigne la possession comme un fait lorsqu'il vise uniquement le pouvoir de fait énoncé dans le § 854. Mais ces auteurs n'ont jamais envisagé qu'il pourrait s'agir de sa nature juridique (171).

Isolée dans la doctrine française, pratiquement ignorée des auteurs allemands, la thèse présentant la possession comme un simple fait ne répond pas aux exigences d'une véritable qualification. C'est donc en tentant de la dépasser que la doctrine parviendra à proposer une qualification qui soit en quelque sorte également une synthèse.

B) La possession est un fait juridiquement qualifié.

72. - Pour tenter de résoudre le dilemme situé au coeur de la possession (172), les auteurs, tout en se fondant sur l'état de fait, vont rendre compte de ses aspects juridiques. En droit français, le recours à la notion de fait juridique assumera ce rôle (a). De son côté, la doctrine allemande proposera le concept de "Rechtsposition" (b). Non seulement les deux démarches ont un but commun mais, on le constatera, elles parviendront à des conclusions très voisines.

---

(170) Cf. supra, n° 61.

(171) STAUDINGER, op. cit., § 854, 1 et s. - WESTERMANN, op. cit., § 8, 4 - CONTRA : SCHWAB, op. cit. (n° 24, note 30), p. 29.

(172) Cf. supra, n° 56.

73. - a) Que la possession soit un droit ou un fait, elle a son fondement dans une relation matérielle entre le possesseur et le bien. La plus conforme à la réalité des différentes opinions est donc celle l'envisageant comme un fait. Il reste alors à déterminer l'origine de ses effets juridiques. Or ceux-ci ne s'imposent pas d'eux-mêmes, comme conséquence directe de l'état de fait : seule la loi les engendre. "Quoique n'étant pas un droit, la possession donne au possesseur plusieurs droits par rapport à la chose qu'il possède : c'est un état de fait auquel la loi attache plusieurs effets juridiques" (173). Le droit et le fait sont donc intimement liés, mais cette analyse éclaire l'état de fait sous un jour nouveau. En précisant l'origine de ses effets, elle va permettre de rattacher la possession à une classification plus générale.

Qu'il s'agisse de classer les obligations selon leur source ou plus généralement de rechercher les modes d'acquisition, de transmission et d'extinction d'un droit, l'on sait que les conceptions modernes se réfèrent à la distinction fondamentale entre acte juridique et fait juridique. Et les discussions sur la nature juridique de la possession ne sont pas étrangères à l'ébauche de cette classification (174). Traditionnellement, l'acte juridique est présenté comme une manifestation de la volonté d'un ou plusieurs individus, accomplie aux fins de produire des effets de droit, alors que ces derniers, s'ils peuvent être la conséquence d'un fait juridique, ne sont jamais, dans ce cas, l'oeuvre d'une volonté. Celle-ci fournit le critère de distinction : selon qu'elle est ou non à l'origine des effets de droit, il s'agira d'un acte ou d'un fait juridique (175).

---

(173) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n° 203.

(174) Cf. BAUDRY-LACANTINERIE, op. cit., qui esquissa la distinction tout en considérant la possession comme un fait.

(175) WEILL, Introduction génér. n° 257 et s. - CARBONNIER, op. cit., T. I, n° 42 - FLOUR-AUBERT, Les obligations, vol. 1, n° 60.

Le fait juridique se distingue donc essentiellement de l'acte juridique dans la mesure où l'origine de ses effets lui est extérieure et a sa source dans la loi.

La possession n'en réalise-t-elle pas les conditions ? Ses effets n'existent-ils pas en dehors de toute volonté du possesseur ? On pourrait songer à rétorquer qu'en réalité la possession suppose une volonté, voire une volonté qualifiée ("Animus domini"). Ce serait oublier que le fait juridique peut être lui-même volontaire ou involontaire (176), seules ses conséquences doivent demeurer en dehors du champ de la volonté. L' "animus" concerne le comportement conforme au droit que pense avoir le possesseur et non les effets juridiques (177). Ainsi les actions possessoires sont-elles données quelle que soit la volonté du possesseur. De même, le possesseur de bonne foi d'un immeuble bénéficie de la prescription abrégée s'il en réunit les conditions. Il devient alors propriétaire sans avoir voulu l'acquisition par prescription, puisqu'il croyait être propriétaire dès le départ. La même remarque vaut pour le possesseur de mauvaise foi qui ne prescrit que par 30 ans. En l'absence de toute disposition légale, sa seule volonté serait inefficace à lui faire acquérir la propriété du bien usurpé. Sa volonté se limite à se mettre dans les conditions de la prescription, c'est-à-dire à prendre possession de l'immeuble. De la sorte, la possession est un fait juridique volontaire. Certains sont allés jusqu'à lui reconnaître, en tant que fait juridique, une double fonction. Tantôt le fait juridique "se borne à mettre en oeuvre l'institution de la possession et c'est dans ce cas que la possession engendre les actions possessoires, tantôt il met en oeuvre une institution différente comme la propriété et c'est le cas de l'usucapion" (178).

---

(176) Cf. référence citée, note 175.

(177) COLIN-CAPITANT, Traité de Droit civil par L. JULLIOT de la Morandière, T. II, n° 398.

(178) FERRADOU, op. cit. (n° 18, note 21) p. 143.

Sur le plan de la nature juridique, cette précision est inutile. IL suffit que les effets de la possession échappent à la volonté du possesseur pour qu'elle puisse être qualifiée de fait juridique. A cet égard, cette condition est largement remplie. Aussi bien cette opinion est-elle, à l'heure actuelle, partagée par nombre d'auteurs (179).

74. - b) Les auteurs allemands qui se refusent à envisager la possession comme un droit ou un fait, tentent de dépasser l'alternative en proposant la notion de "Rechtsposition" (Situation juridique). Quel est le contenu de cette "Rechtsposition" ? A vrai dire, elle laisse quelque peu perplexe. Le plus souvent ses partisans procèdent par affirmation plus que par démonstration. Certains se contentent de reprendre les arguments dont d'autres s'étaient servis pour illustrer une thèse contraire ! Ils font remarquer que si la possession ne peut entrer dans la catégorie des droits réels, elle se traduit, comme ces derniers, par une relation directe entre le possesseur et la chose. Cette situation n'est pas un état de droit (rechtliches Verhältnis) mais un état de fait (tatsächliches Verhältnis) qui juridiquement sera qualifié de "Rechtsposition" (180). L'on sait que la même démonstration avait permis à certains de parler de la possession comme d'un droit "sui generis" (181).

Ainsi le concept de "Rechtsposition" n'apparaît pas comparable à celui de fait juridique. Lorsque la doctrine française fait appel à la notion de fait juridique, cela lui offre la possibilité d'intégrer la possession dans une classification plus générale. Au contraire, l'idée de "Rechtsposition" est beaucoup plus limitée et traduit le plus souvent l'impossibilité de procéder à une qualification au moyen des critères traditionnels.

---

(179) WEILL, ibidem, n° 269 - CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 153 - COLIN-CAPITANT, op. cit. (n° 73, note 177), n° 372 et T. I, n° 1853 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., T. 1, n° 163.

(180) R.G.R. - Komm., op. cit., Rem. prélim. § 854, anm. 2.

(181) Cf. supra, n° 68.

Il n'en résulte pas que cette opinion soit sans intérêt aux yeux du droit allemand. Elle permet de rendre compte de l'équilibre entre l'état de fait et l'état de droit. Elle explique que la possession puisse être un droit au sens du § 823 du B. G. B. ou être l'objet d'un enrichissement sans cause selon le § 812 du B. G. B. (182). De tels avantages ont convaincu nombre d'auteurs de s'y référer pour qualifier la possession (183).

75. - Parvenu à ce stade, le droit français et le droit allemand paraissent s'opposer dans la mesure où en France seule a fini par triompher la thèse du fait juridique, alors qu'en Allemagne cohabiteraient celle de la "Rechtsposition" et celle où la possession est un droit. En fait peut-être n'y a-t-il là qu'une apparence.

Tout d'abord les auteurs allemands ne s'opposent pas entre eux aussi fermement qu'il pourrait y paraître. Nombreux sont ceux qui ne s'en tiennent pas à une seule qualification et qui voient la possession indifféremment comme un droit ou comme une situation juridique. Il en résulte, on a pu le vérifier, que les mêmes arguments peuvent aboutir à choisir l'une ou l'autre, voire les deux thèses en même temps (184). Et parmi les partisans d'une possession considérée comme un droit réel, certains nuancent leur position à un point tel que, sauf l'emploi du terme droit, c'est en réalité la notion de situation juridique qu'ils adoptent (185).

---

(182) Cf. supra, n° 62.

(183) R.G.R. - Komm., ibidem - PALANDT, op. cit., Rem. prélim. § 854,1 - LENT, op. cit., § 3, IV - HECK, op. cit., § 17, IV.

(184) Cf. supra, n° 68 et 74 - v. not. HECK, ibidem.

(185) Cf. supra, n° 60.

D'une manière plus générale, tous ceux qui se refusent à parler d'un droit réel à propos de la possession, pourraient sans inconvénients majeurs adopter la thèse de la "Rechtsposition". Malgré les apparences, il est donc permis de déceler une certaine unité de vue en droit allemand.

76. - Peut-on parvenir à une conclusion identique en opposant, cette fois, les concepts de "Rechtsposition" et de fait juridique ? Certes, la notion de "Rechtsposition" n'a pas la même portée théorique que celle de fait juridique. Ce dernier dépasse le seul problème de la possession. Cependant, ces notions correspondent toutes deux à une préoccupation commune aux auteurs français et allemands. Il était nécessaire, en établissant la nature juridique de la possession, de mettre en évidence le rapport de fait qu'elle incarne.Il ne fallait cependant pas omettre les effets juridiques qui en résultent. De ce point de vue les deux concepts réalisent une synthèse. Ainsi se trouve parfaitement illustrée la dualité inhérente à la possession (186), et dont certaines thèses faisaient abstraction. Que la possession soit une situation ou un fait, cette situation et ce fait ne sont juridiques qu'en vertu de dispositions légales qui les protègent ou qui les font naître, le cas échéant, à l'état de droit. Le champ d'intervention de la volonté du possesseur français ou allemand se limite à l'état de fait et non aux effets qui peuvent en découler. De la sorte, les points de vue du Code civil et du B. G. B. peuvent être sensiblement rapprochés.

* *

77. - La nature juridique de la possession offre ainsi la possibilité de conclure,si ce n'est à une totale similitude, du moins à une analogie très sensible entre les deux droits. Sur ce point, ils appréhendent la possession d'une manière très comparable. Cela ne fait que mieux ressortir les divergences qui les opposent lorsqu'ils déterminent sa place au sein de leur ordre juridique respectif.

---

(186) Cf. supra, n° 56.

Leur approche est alors très différente et peu conciliable. Des raisons d'ordre historique et conceptuel limitent la possession en droit français au rôle d'institution auxiliaire. Ces mêmes raisons auraient pu conduire le législateur allemand à des vues identiques, mais précisément c'est dans une rupture avec les conceptions classiques que se situe son particularisme. Et s'il faut trouver un point commun, l'attitude de la doctrine nous le fournira. En droit français comme en droit allemand elle n'est pas, dans sa grande majorité, allée à l'encontre de la volonté du législateur dont elle a fidèlement respecté le choix institutionnel.

Seul en fin de compte, ce dernier révèle des divergences sensibles entre les deux systèmes, d'autant plus que se situant en amont, un certain nombre de conséquences propres aux deux droits devront par la suite y être rattachées.

CHAPITRE II : LA REALISATION DE LA POSSESSION.

78. - La possession est nécessairement une relation matérielle. Cette exigence est indépendante des différentes conceptions qui peuvent la rattacher, soit à l'exercice de fait d'un droit réel, soit à un pouvoir de maîtrise à l'état brut. Bien au contraire, la nécessité d'une relation de fait constitue le trait commun de toutes les analyses. A ce titre le rapport matériel est un élément fondamental de la possession, ce qui ne signifie pas qu'il soit le seul. En vérité, une attention toute particulière a été accordée à l'élément intentionnel. C'est à son propos que se sont développées les controverses les plus vives et que se cristallisent, selon l'opinion commune, les divergences irréductibles entre le droit français et le droit allemand, lorsqu'il s'agit de déterminer les éléments constitutifs de la possession (Section I). Et c'est également parce que le "corpus" ne constitue pas l'unique élément de la possession que celle-ci doit être distinguée de la détention, situation comparable sur le plan matériel, mais non sur celui de l'élément intentionnel (Section II).

Section I : LES ELEMENTS CONSTITUTIFS DE LA POSSESSION.

79. - Les composantes actuelles de la possession sont celles découvertes par le droit romain. L'élément matériel, le corpus, en est la réalisation concrète, l'extériorisation effective, délimitant le contenu du pouvoir de fait. A cette condition objective doit s'ajouter une

certaine volonté de la part du titulaire du corpus, et c'est l'animus. Dans la conception romaine, l' animus ne pouvait être qu'un animus domini, puisque la possession elle-même ne représentait que l'exercice de fait du droit de propriété. Le droit français, maintenant la possession dans le cadre des droits réels, ne peut, lui aussi, connaître que l'animus domini, c'est-à-dire la volonté du possesseur "d'agir comme il le fait et de se comporter comme le titulaire du droit réel dont sa maîtrise réalise l'image" (1). C'est précisément ce dont le droit allemand n'a que faire. La possession étant à ses yeux une institution autonome, le corpus n'a pas à être à l'image d'un droit ; par conséquent, la volonté du possesseur se limite à l'exercice du pouvoir de fait dans son propre intérêt. Ce faisant, les deux systèmes prennent parti dans la célèbre controverse opposant Savigny et Jhering, l'objet de leur opposition portant sur la place et le rôle de l'élément intentionnel. Seul donc l'animus (Sous-section II) est affecté par ces divergences, alors que le corpus offre peu de prise à la discussion (Sous-section I).

Sous-section I : Le Corpus.

80. - Le Code civil ne fournit aucune indication sur le contenu de l'élément matériel constituant les faits de possession. Doctrine et jurisprudence ont dû s'attacher à définir les actes matériels réalisant le corpus (§ 1). A l'inverse, le B. G. B. semble avoir facilité la tâche de l'interprète en désignant la possession par le pouvoir de maîtrise pouvant s'exercer sur un bien. Cependant, il ne s'agit que d'un cadre très vague qui fait figure de terme générique, sans contenu précis, et que les auteurs et les tribunaux ont dû compléter (§ 2).

§ 1 : Les actes matériels du droit français.

81. - Sans susciter d'aussi vives controverses que l' animus , le corpus fut également remis en cause, non pas tant dans sa matérialité que dans la signification qu'il convenait de lui donner (A). C'est ce dont il nous faudra rendre compte avant d'aborder le droit positif (B).

(1) RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 11.

A) Les controverses doctrinales.

82. - La notion de corpus est directement issue du droit romain. Il n'en résulte pas qu'elle nous soit parvenue telle quelle sans avoir, au cours des temps, subi certaines modifications et surtout sans avoir été soumise au feu des critiques de la doctrine. Au départ, le corpus correspondait à l'appréhension matérielle du bien, laquelle seule rendait possible, aux yeux du droit romain, l'exercice des prérogatives de fait. S'agissant d'un meuble, il se réalisait par la détention effective, alors que pour un immeuble, il se traduisait par le fait de s'y établir. Dans de rares hypothèses, lorsque le corpus était admis sans qu'il y ait eu appréhension matérielle, on considérait qu'il y avait eu une tradition symbolique (2). Cette opinion, somme toute relativement simple, a été remise en cause par Savigny. Contestant les idées reçues à propos du droit romain, Savigny tente de démontrer que seule importe, non pas le contact matériel entre le possesseur et la chose, mais la possibilité physique pour celui-ci d'agir conformément à sa volonté (3). La possession repose ainsi sur une idée de domination réalisée grâce à ce pouvoir de fait. Un tel point de vue fait entrer la théorie de la possession dans le domaine de l'abstraction (4). Le corpus n'est plus, à proprement parler, une mainmise effective, mais un pouvoir dont il suffit qu'il soit immédiatement réalisable. Ce qui semble paradoxal chez cet auteur, sachant qu'il est l'ardent défenseur de la théorie de l'animus domini, c'est l'absence de toute référence à un corpus traduisant l'exercice d'un droit.

---

(2) C'était l'opinion des Glossateurs. Cf. SALEILLES "Etudes sur les éléments constitutifs de la possession", extrait de la Rev. bourguignonne de l'Enseignement supérieur, 1894, n° 7 et s.

(3) SAVIGNY, op. cit. (n° 8, note 6), § XIV, p. 209.

(4) SALEILLES, ibidem, n° 11.

C'est laisser à l'élément matériel toute latitude pour se concrétiser, mais cela revient à ne le déterminer par la suite qu'en fonction de l'élément intentionnel. L'animus domini seul fera que le corpus est ou non l'exercice de fait d'un droit réel (5).

83. - Jhering ne pouvait manquer de répondre aux affirmations de SAVIGNY. Aussi, bien que leur différend ait essentiellement trait au rôle de l'animus domini, ces deux auteurs s'opposent également sur le terrain du seul corpus. Et les thèses d'Jhering peuvent, a priori, paraître surprenantes (6). Alors qu'il sera sur le plan de l'animus un défenseur des conceptions objectives, il conçoit le corpus dans un cadre relativement étroit. La possession ne peut être, selon lui, que le fait de se conduire vis à vis d'un bien comme le ferait un propriétaire. La domination matérielle, sur laquelle s'appuie SAVIGNY, n'est qu'un des éléments de la possession. Celle-ci ne peut se réduire en un acte, l'appréhension matérielle ; elle est le fait d'un ensemble correspondant aux agissements d'un propriétaire (7). Elle est alors la constatation matérielle de l'intention d'être propriétaire (8). Ce faisant, l'éminent auteur respecte le cadre général du droit romain (9), et c'est l'interprétation de ce dernier qui fonde sa solution. De la sorte, le paradoxe n'est qu'apparent. Puisqu'il tente d'expliquer le système romain, sa conclusion ne peut étonner. Elle ne fait que mieux ressortir l'importance du rôle confié à l'animus, puisque seul l'élément intentionnel permettra à Jhering de rompre avec les concepts classiques.

---

(5) Il faut remarquer qu'ici, comme très souvent, se confondent les questions relatives à l'interprétation du droit romain et celles tendant à dégager une notion originale de la possession.

(6) JHERING, "Über den Grund des Besitzschutzes," 1869. (Fondement de la protection possessoire, traduction de O. MEULENARE, 1891).

(7) JHERING, ibidem, p. 179. SALEILLES, ibidem, n° 15 et s.

(8) JHERING, ibidem, p. 187.

(9) Cf. supra, n° 9.

84. - Pouvoir de fait chez Savigny, pouvoir de droit chez Jhering, le contenu de l'élément matériel n'en est pas pour autant défini. Au delà de cette distinction, il paraît possible et nécessaire de parvenir à une certaine unité. Qu'il soit de fait ou de droit, seul importe le contenu de ce pouvoir. C'est pourquoi Saleilles a tenté d'unifier les deux opinions. Pour lui, toute chose matérielle est au service de quelqu'un. Il y a un rapport d'utilisation économique entre la chose et celui qui s'en sert. Or cette relation ne nécessite pas un acte de maîtrise, une mainmise particulière ou une domination quelconque. Ce rapport signifie que, pour toute chose, il y a quelqu'un dont on peut dire, au vu des manifestations concrètes de cette relation, qu'il est le maître de la chose (10). Saleilles s'éloigne ainsi de Savigny, dans la mesure où peu importe qu'il y ait une possibilité de pouvoir, seul compte le rapport économique dont le corpus est l'extériorisation. Il s'écarte également des thèses d'Jhering qui ne concernent qu'un rapport d'appropriation juridique. Se fondant sur le droit romain, il estime, contrairement à l'opinion commune, que possession et propriété n'ont jamais été étroitement mêlées et que la dernière n'a pas formé le moule de la première. Ainsi, même en droit romain, aurait triomphé la thèse de l'appropriation économique (11). Cela le conduit à affirmer que le corpus est un ensemble de faits "de nature à révéler entre celui auquel ils se rapportent et la chose qu'ils ont pour objet, un rapport durable d'appropriation économique, un rapport d'exploitation de la chose au service de l'individu" (12). Réalisant une intellectualisation de la conception de Savigny et un désenclavement des opinions d'Jhering, Saleilles aboutit ainsi à une définition très large.

---

(10) SALEILLES, ibidem, n° 55 et s.

(11) SALEILLES, ibidem, n° 64 et 65.

(12) SALEILLES, ibidem, n° 67.

B) Le Corpus en droit positif.

85. - La doctrine et la jurisprudence françaises se rallient très logiquement à la conception s'accordant le mieux à leurs propres opinions. Curieusement, elles rejoignent sur ce point les idées d'Jhering et non celles défendues par Savigny. Cependant, bien que renvoyant à l'exercice d'un droit de propriété ou d'un autre droit réel, le corpus demeure, en fait, un pouvoir physique sur un bien (1°). Il en résulte que certains actes qui portent sur le droit plutôt que sur la chose sont écartés (2°).

86. - 1°) Le corpus correspond aux actes matériels de détention, d'usage, de jouissance ou de transformation accomplis sur la chose (13). Cette définition classique, qui fait l'unanimité de la doctrine, insiste sur la nature particulière du lien qui unit le possesseur à sa chose. L'élément matériel suppose que le possesseur tienne la chose entre ses mains, qu'il y ait détention, au sens romain du terme (14). Pour un meuble, ce sera le fait de le saisir, pour un immeuble celui de l'occuper. L'article 2228 du Code civil permet d'aller au-delà de la seule relation matérielle, pour envisager les actes de jouissance, témoignant de la volonté d'utiliser économiquement la chose, de l'exploiter . Le contact physique n'est pas nécessaire, ces actes traduisant par eux-mêmes l'existence d'un pouvoir sur le bien (15).

Tel quel, le contenu de l'élément matériel peut paraître imprécis. En réalité, il n'est guère concevable d'aller plus avant dans sa définition. Les actes matériels sont eneffet fonction de deux facteurs. D'une part, ils se déterminent selon la nature physique de la chose et l'on conçoit que l'on ne possède pas de la même manière un

(13) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 146 - RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 15 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 17, p. 25 - WEILL, op. cit., n° 368.

(14) Cf. supra, n° 8.

(15) CARBONNIER, op. cit., n° 41, p. 140.

meuble qu'un immeuble. D'autre part, et surtout, ils doivent traduire le droit que prétend avoir le possesseur ; c'est là, plus qu'une indication sur le contenu du corpus, une véritable contrainte (16).

Il n'en demeure pas moins que, dans toutes les circonstances, il doit s'agir d'un pouvoir effectif s'accompagnant de la détention du bien. Ainsi, la "carte grise" d'un véhicule ne représente pas l'objet auquel elle s'applique : le possesseur de ce document administratif ne peut de ce seul fait invoquer à son profit l'existence d'un don manuel (17). De même, le certificat d'origine d'un cheval ne supprime pas les effets de la possession attachés à la seule détention du cheval (18).

87. - 2°) Si le corpus est l'exercice de fait d'un droit réel, son objet doit cependant être le bien et non le droit sur celui-ci. C'est ainsi que s'en trouvent écartés les actes juridiques. Ils manifestent certainement un pouvoir sur la chose, mais ils n'impliquent pas sa détention matérielle. Autrement dit, il n'est pas besoin d'être possesseur pour les accomplir, et en ce sens ils sont indépendants de la relation de fait qui définit le corpus (19). Un doute subsiste pourtant. Le droit français ayant opéré en quelque sorte une intellectualisation de la possession, en considérant que ce qui est possédé c'est moins le bien que le droit sur ce bien, les actes juridiques pourraient parfaitement s'intégrer dans le corpus représentatif d'u-

(16) RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 16.

(17) Civ. 1°, 11 juillet 1960, D. 1960, J, 702, note P. VOIRIN ; Rev. trim. dr. civ. 1961, 164, obs. R. SAVATIER.

(18) G. GOUBEAUX, note sous Civ. 1°, 14 Décembre 1971, J. C. P. 1972, II. 17102.

(19) Civ. 14 Novembre 1910, D. 1912, 1, 483 - Civ. 13 décembre 1948, D. 1949, 72 ; Rev. trim. dr. civ. 1949, 281, obs. H. SOLUS - CARBONNIER, op. cit., n° 41, p. 139 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 17, p. 25.

ne telle possession (20). Aussi, certains auteurs insistent-ils, pour les écarter, sur le caractère équivoque de tels actes.

En eux-mêmes, ils ne signifieraient pas que leurs auteurs se prétendent titulaires du droit dont ils disposeraient ainsi. L'on peut vendre ou donner à bail la chose d'autrui, sans s'en prétendre propriétaire (21). Il nous semble, pourtant, que l'acte qui définit le mieux la qualité de propriétaire est celui qui donne à son auteur le pouvoir de disposer d'un bien, même si ce pouvoir ne s'accompagne pas de la détention.

Parce que ces conditions ne sont pas réunies, il faut également rejeter une deuxième catégorie d'actes : les actes de simple tolérance ou de pure faculté. Aux termes de l'article 2232 du Code civil, "les actes de pure faculté et ceux de simple tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription". S'il en est ainsi, c'est qu'ils ne traduisent pas la volonté de leur auteur d'exercer sur un bien un pouvoir de maîtrise de sa propre initiative et contre la volonté du propriétaire de ce bien. Les actes de pure faculté sont, au contraire, ceux que le titulaire d'un droit réel peut accomplir dans les limites de son droit, sans que cela conduise à une situation dans laquelle il pourrait se maintenir (22). Dans une telle hypothèse, il n'y a "ni possession ni même détention en dehors de la propriété sur la base de laquelle l'on jouit de ces facultés" (23). Tel n'est pas le cas des actes de simple tolérance. Ils impliquent une utilisation de la chose d'autrui.

---

(20) MARTY-RAYNAUD, op. cit., loc. cit., note 3 - RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 15 - CARBONNIER, ibidem, n° 45, p. 154 qui note que l'article 1881 du Code général des Impôts retient des actes juridiques comme constitutifs de la possession.

(21) WEILL, op. cit., n° 368.

(22) Ce sera le cas de la vue dont jouit le propriétaire d'une maison sur des terrains avoisinants non bâtis.

(23) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 28, p. 33.

D'une certaine manière, ils confèrent un pouvoir sur un bien, proche du véritable corpus. Ils s'en séparent, pourtant, car ils supposent, à l'origine, l'accord du propriétaire ou du titulaire du droit réel. Leur bénéficiaire n'oppose ainsi aucune contradiction au titulaire du droit (24). En accord avec la doctrine et la loi, la jurisprudence a constamment refusé de fonder une possession sur de tels actes (25). Elle a cependant estimé que ce qui est tolérance pour l'un, peut être possession pour l'autre ; dans cette mesure, elle accorde aux bénéficiaires de semblables tolérances la protection possessoire, notamment la complainte (26). A vrai dire, l'exclusion du corpus des actes de simple tolérance ne s'impose pas d'elle-même. S'il est normal que les actes de pure faculté soient écartés parce que ne comprenant aucun pouvoir sur un bien, le doute subsiste pour les actes de simple tolérance. A leur égard, le corpus existe. L'article 2232 ne fait que déplacer le problème, en rendant alors nécessaire la recherche de la notion d'acte de simple tolérance. Puisque ce dernier se définit en fonction de la volonté du propriétaire du bien sur lequel il s'exerce, n'est-ce pas se référer à un critère subjectif, à l'animus domini qui, en pareille occurrence, ne peut

---

(24) Telle est la situation de celui qui passe sur le fonds de son voisin avec l'autorisation de ce dernier. Cf. WEILL, op. cit., n° 447 - MARTY-RAYNAUD, ibidem.

(25) Riom 3 décembre 1844, D. P. 1846.2.88 - Grenoble 26 août 1846 D. P. 1852.2.220 - Civ. 7 mai 1873 D. P. 1874.1.88 - Req. 17 novembre 1919, S. 1921.1.98 - Riom 28 décembre 1960, D. 1960, S., p. 78 - Civ. 3°, 28 novembre 1972 Bull. civ. III n° 630, p. 464 ; Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 591 obs. BREDIN - Civ. 3°, 30 janvier 1973, Bull. civ. III n° 88, p. 63.

(26) Req. 3 janvier 1877, D. P. 1877.1.14. Contra : Civ. 3°, 28 novembre 1972, précité, note 25.

exister ? Il est significatif qu'il ne soit pas envisagé par la doctrine lorsqu'il s'agit de définir le corpus, mais d'examiner les conditions de la prescription acquisitive (27). On relève alors que les actes de simple tolérance n'impliquent aucune contradiction au véritable titulaire du droit. C'est mettre en évidence l'absence d'animus domini et non une différence de corpus. Mais sur le terrain du droit positif, la solution de l'article 2232 ne saurait être remise en cause. Peut-être faut-il l'expliquer en soulignant qu'en vérité, les actes de simple tolérance peuvent entraîner un doute, leur contenu étant équivoque. Le corpus existerait, mais la référence à un vice de la possession paralyserait ses effets (28). Une certaine identité, dans leur matérialité respective, se dégage en fin de compte du corpus et des actes de simple tolérance qui ne se distingueraient que par un critère subjectif, l'animus domini, ou par l'existence d'un vice.

88. - Si l'on excepte les actes de pure faculté ou de simple tolérance ainsi que les actes juridiques, le corpus ne fait guère de difficulté. Le pouvoir de fait doit se concrétiser par une mainmise effective sur le bien. Son contenu est variable, mais non sans certaines limites qui sont celles posées par le droit réel que l'on entend posséder. Une telle restriction, qui est en même temps un obstacle à l'arbitraire dans la définition du corpus, est absente en droit allemand.

---

(27) WEILL, op. cit., n° 447.V. à propos de l'acquisition des servitudes par la possession : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 961 et 962 - AUBRY et RAU, op. cit., § 179, n° 79.

(28) J. D. BREDIN, obs. sous Civ. 3°, 28 novembre 1972, précité note 25, Rev. trim. dr. civ. 1973, p. 591 : "il resterait à mieux analyser la notion insaisissable de simple tolérance, hommage que le Droit semble rendre à la générosité ou à la courtoisie. En vérité, c'est plutôt une hésitation sur les faits de possession, une possession équivoque autrement habillée".

§ 2 : Le pouvoir de fait du droit allemand.

89. - Bien qu'il ait mis l'accent sur le pouvoir de fait, le B. G. B. ne le définit pas plus avant. Une semblable démarche n'aurait pourtant pas été sans intérêt de la part d'un législateur qui se voulait novateur. Elle lui aurait, sur bien des points, permis de préciser sa pensée et d'éviter d'inutiles controverses. Aux termes du § 854 alinéa 1, la possession d'un bien s'acquiert par l'obtention d'un pouvoir de fait ("die tatsächliche Gewalt") sur ce bien. L'expression "tatsächliche Gewalt" a été choisie à dessein ; malheureusement ce choix né s'est pas fait en fonction de son sens particulier, mais par souci d'éviter d'autres expressions plus équivoques. C'est ainsi que fut écarté le terme d'"Innehabung", synonyme de détention (29). Au reste, cette expression était fort peu répandue : on lui préférait celle de "Gewahrsam". Or, la "Gewahrsam" correspond, à l'heure actuelle, à une situation bien particulière que connaît le droit pénal. Ce dernier limite la possession à la seule détention matérielle, au contact physique entre une chose et un individu. Sa conception est donc plus étroite que celle du droit civil. Même si cela n'empêche pas les tribunaux, pour les besoins de la répression, de se référer aux concepts du droit civil (30), le terme d'"Innehabung" se révèle être ainsi trop restrictif.

---

(29) SALEILLES, De la possession des meubles, in Mélanges de Droit comparé, I. II, 1907, p. 14, n° 11.

(30) Une loi prévoyant que celui qui exerce le pouvoir de maîtrise est tenu de déclarer l'acquisition ou l'utilisation d'armes, la jurisprudence a estimé qu'un propriétaire, simple possesseur médiat en l'espèce, était tenu de faire cette déclaration, bien qu'il ne détienne pas matériellement les armes ; c'est là lier le pouvoir de maîtrise, la "Gewahrsam", à la seule qualité de possesseur : O. L. G. Celle 11 septembre 1973, N.J.W. 1973, 1987. A propos de cette décision, cf. R. HINZE, "Die Amnestie nach dem 2. Bundeswaffengesetz vom 19. September 1972", N.J.W. 1973, 2273 - G. POTRYKUS "Das neue Waffenfesetz", N.J.W. 1973, 89.

D'un autre côté, on a également voulu écarter l'expression de "tatsächliche Herrschaft", qui équivaut à ce que l'on entend généralement par pouvoir de maîtrise ou de domination. Il était à craindre qu'elle ne soit comprise que comme renvoyant à un pouvoir purement juridique (31).

Comment, dès lors, définir la "tatsächliche Gewalt" ? Si l'on veut respecter les intentions du législateur, il faut se limiter à parler d'un pouvoir de fait ou, plus exactement, d'un pouvoir effectif et réel. Cette attitude conduit à une impasse, dans la mesure où le contenu de ce pouvoir doit être déterminé. Aussi, la doctrine allemande ne s'est-elle pas embarrassée des mêmes scrupules que ceux animant les rédacteurs du B. G. B. La majorité des auteurs se fondent, pour définir la "Gewalt", sur la "tatsächliche Herrschaft" (A) ; certains, il est vrai, se refusent à la définir et se contentent d'y voir un cadre vide, sorte de "blanc seing" que le juge devra compléter (B).

A) Le pouvoir de fait est un pouvoir de maîtrise.

90. - En admettant que la "Gewalt" soit un pouvoir de maîtrise, de domination, on accepte de définir la possession par son mode d'acquisition : le § 854 n'envisage, en vérité, que cette dernière question (32). Cette assimilation ne résout pas toutes les difficultés. Le contenu du critère ainsi choisi doit être précisé. Et à certains égards, la situation est plus complexe qu'en droit français. La possession, donc le pouvoir de fait, ne renvoyant pas à l'exercice d'un droit réel (33), il n'y a, a priori, rien qui puisse servir de guide. Cela donne la mesure de l'importance des opinions doctrinales.

---

(31) SALEILLES, ibidem, nº 11, p. 15.

(32) Cf. infra, Nº 193.

(33) Cf. supra, nº 22 et s.

91. - Malgré le texte du § 854 alinéa 1 et, en fait, contre la volonté des rédacteurs du B. G. B. (34), la doctrine use largement de l'expression "tatsächliche Sachherrschaft" (Pouvoir de maîtrise effectif et réel). Cette unanimité est trompeuse, car dès qu'il s'agit de préciser cette notion, les divergences apparaissent (35). Constatant qu'il est impossible, voire inutile, de tenter de donner une définition globale, la plupart des études se bornent à renvoyer la balle dans le camp du juge, sans toutefois lui laisser l'entière initiative. Dans cet esprit, les auteurs posent un certain nombre de jalons dont le juge devra s'inspirer.

Qu'entend-on par pouvoir de maîtrise effectif et réel ? Nul doute qu'au départ la "Gewalt" implique une relation matérielle entre le possesseur et la chose. Puisque, cependant, le contenu de cette relation reste imprécis, dans la mesure où la possession allemande échappe à l'emprise des droits réels, c'est en dehors d'elle qu'il faut rechercher son critère et sa mesure. Les auteurs sont ainsi conduits à définir le contenu du pouvoir de maîtrise en fonction de considérations économiques ou sociales. Là où les tiers estimeront, au vu des agissements d'une personne, que celle-ci a la maîtrise d'un bien, il y aura possession.

---

(34) Cf. supra , n° 89.

(35) WESTERMANN, op. cit., § 9 - V. GIERKE, op. cit., § 5, III - PLANCK - BRODMANN, op. cit., § 854, 2 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 5, III - BAUR, Sachenrecht, 8° éd., § 7, p. 46 - STAUDINGER, op. cit., § 854, 2 - KRÜCKMANN, op. cit. (n° 28, note 40), p. 232 - ERNST , "Zur Lehre vom mittelbaren Besitz" Diss. FULDA 1905, p. 15 - Pour le droit suisse qui use des mêmes concepts, cf. KRÄNZLIN, "Der Besitz als tatsächliche Gewalt" Zürcher Diss. 1922.

Les modalités du pouvoir de fait, et par conséquent l'existence de la possession, ont donc un critère objectif, indépendant de la seule relation entre le possesseur et son bien et issu de "l'opinion du monde des affaires" ('Verkehrsanschauung'). Constitue un pouvoir de domination, une maîtrise de fait, ce qui apparaît comme tel aux yeux des tiers (36). L'expression "tatsächliche Sachherrschaft" n'est pas limitée à son sens "physique" ; elle correspond à l'idée que s'en font les tiers. Ces derniers forment ce que les auteurs appellent "la conscience sociale". Dans ce système, l'opinion commune étant à même de fournir le critère de la possession, certains vont jusqu'à estimer que le concept de "tatsächliche Gewalt" est en quelque sorte une notion élémentaire, issue de la conscience commune, "Elementarbegriff des allgemeinen Bewusstseins" (37).

92. - La doctrine opère ainsi un double glissement. Pour définir la "Gewalt", elle se fonde sur la "tatsächliche Sachherrschaft", mais celle-ci ne peut être comprise que par référence à ce qu'en disent les tiers. Une telle démarche est discutable en raison de l'imprécision des concepts utilisés. Ses partisans eux-mêmes reconnaissent qu'il en résulte "une notion imprécise et changeante", plus intellectuelle que concrète (38). La théorie de la "notion élémentaire" (39) fut particulièrement critiquée.

---

(36) WOLFF-RAISER, op. cit., § 5, III, p. 25 - STAUDINGER, op. cit., § 854,2 - ERNST, op. cit. (n° 91, note 35), p. 15.

(37) WESTERMANN, op. cit., § 9, I - Cette théorie doit être attribuée à L. GOLDSCHMIDT, Grundlage der Bestizlehre in "Vermischte Schriften", T. I, 1901 ; cf. RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 79, note 1.

(38) STAUDINGER, ibidem.

(39) Cf. supra, n° 91, in fine.

Le silence du B. G. B. nécessitait effectivement une définition du contenu du pouvoir de fait. Cependant la "tatsächliche Sachherrschaft" est loin d'apporter une réponse satisfaisante. Ses termes sont difficilement compréhensibles et, on a pu le vérifier, ils ne sont pas plus explicites que le mot "Gewalt", puisqu'il faut se rapporter à la "conscience sociale". Pour Heck, ce renvoi ne simplifie pas le débat : il débouche sur une notion tout aussi vague que les précédentes. Aussi, pour cet auteur, la possession ne peut-elle s'identifier à la maîtrise de fait qui n'en est que le mode d'acquisition (40).

93. - Les défenseurs du pouvoir de fait, envisagé comme une maîtrise effective, ont été conscients des imprécisions de leur thèse. Aussi, avec l'aide de la jurisprudence, ont-ils tenté de cerner de plus près cette notion, en insistant sur quelques points de repère. Il en résulte que l'on statuera le plus souvent non pas en fonction d'un critère global, mais cas par cas (41).

Un point fait l'unanimité. Le pouvoir de maîtrise suppose une relation concrète entre le possesseur et son bien. Il est exclusif d'un simple droit ou de la seule volonté du possesseur, sauf si l'acquéreur est déjà en possession du bien (§ 854 alinéa 2) (42). Une simple possibilité d'agir sur le bien peut suffire, à condition que les circonstances permettent de savoir que la chose est soumise à un pouvoir de maîtrise (43). La remise passagère d'une chose n'a jamais permis à celui qui la reçoit d'exercer un pouvoir de maîtrise (44).

---

(40) HECK, op. cit., § 5,5.

(41) PLANCK-BRODMANN, op. cit., § 854, 2.

(42) STAUDINGER, op. cit., § 854, 2.

(43) Cf. la possession d'un animal pris au piège : R. G. 2 juin 1926, J. W. 1926, 2647, note E. KERN.

(44) R. G. 11 février 1911, R. G. Z. 75, 221 (222) - R. G. 28 février 1918, R. G. Z. 92, 265 (266) - STAUDINGER, ibidem.

De même, en cas de transfert de la possession, il est nécessaire que le possesseur initial cède véritablement son pouvoir (45). Il est vrai qu'en règle générale, les conditions seront plus strictes pour les actes entraînant une prise de possession que pour ceux la continuant (46). De toute manière, l'absence de pouvoir de maîtrise ne peut être suppléée par la bonne foi (47). La nécessité d'un pouvoir effectif et matériel entraînera également l'exclusion du corpus, comme en droit français, des actes juridiques.En revanche, la question des actes de pure faculté ou de simple tolérance, qui est liée au droit sous-jacent, ne se pose pas, puisqu'aucune relation n'est établie entre l'état de fait et le droit.

L'importance donnée à la "Verkehrsanschaung " conduit à insister sur un deuxième aspect du pouvoir de maîtrise. Celui-ci doit s'extérioriser en tant que tel aux yeux des tiers (48).

---

(45) B.G.H. 18 mars 1964 F.Z.X, n° 2744.

(46) R.G. 15 décembre 1936 R.G.Z. 153, 257 (261) - Sur la définition du pouvoir de maîtrise lors d'un transfert de la chose : R.G. 19 janvier 1909 R.G.Z. 70, 314 (318) - R. G. 17 décembre 1909, R.G.Z. 72, 310 - O. L. G. BRESLAU, 15 janvier 1902 O.L.G.5, p. 150 - B.G.H. 9 juillet 1952, F.Z. II (A,80) § 854, p. 141 ; Cf. infra, n° 193 et s.

(47) R.G. 5 décembre 1922 R.G.Z. 105, 413 (414).

(48) STAUDINGER, ibidem, § 854, 2, c. WESTERMANN, ibidem.

Cela est particulièrement important lorsqu'en cas de doute il s'agit de trancher en faveur de celui qui paraît avoir la mainmise exclusive sur la chose. La possession s'accompagne, en effet, de la possibilité et du droit d'empêcher les agissements des tiers (49).

Enfin, et surtout, certains auteurs font remarquer que doit également être prise en considération la situation juridique qui se crée entre le possesseur et le bien (50). Seule importe évidemment la situation juridique apparente et non celle qui existe en réalité. L'exercice du pouvoir de maîtrise est alors l'expression d'une situation juridique qualifiable par les tiers et permettant de déterminer son titulaire. Selon cette doctrine, il ne s'agit là que d'un moyen auxiliaire, car la situation juridique peut, même au regard des règles de la possession, recouvrir des réalités différentes. Le possesseur d'une clef peut, soit être possesseur du bien entreposé dans le local auquel elle donne accès, soit l'avoir volée et donc n'être que le possesseur de cette dernière (51).

---

(49) Les difficultés de ce point de vue concernent, notamment, les transferts de possession par simple remise des clefs du local où se trouve entreposé le bien : R. G. 2 janvier 1907, R.G.Z. 66, 259; J.W. 1907, p. 141 - R.G. 28 octobre 1921, R.G.Z. 103, 100 (101) qui estime qu'à partir du moment où l'acquéreur peut exercer un pouvoir directement sur la chose, la remise des clefs suffit. Comp. O.G.H. 1er octobre 1948, F.Z. II (S 50), p. 141 - La remise des clefs peut être équivoque : B.G.H. 6 avril 1973, L. M. n° 8 zu § 854 ; M. D. R. 1973, 572.

(50) STAUDINGER, ibidem, § 854, 2, f. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 5, III, 4, b.

(51) STAUDINGER, ibidem.

Ainsi, on tiendra compte de la causa possessionis, non pour sa valeur juridique, mais pour sa valeur de fait qui conférera à la situation du possesseur sa mesure et son caractère (52).

Si ces quelques indications rendent le pouvoir de maîtrise, et par conséquent la possession, moins incertain, il faut reconnaître que toutes les difficultés ne sont pas aplanies pour autant. Il demeure pratiquement impossible de surmonter l'imprécision du B. G. B., en tenant une synthèse des différents aspects de la "Gewalt". Cette situation a conduit une partie de la doctrine à s'en remettre complètement au pouvoir d'appréciation du juge.

B) Le pouvoir de fait est laissé à l'appréciation souveraine des juges.

94. - La thèse exposée jusqu'à présent débouche sur une impasse. La possession ne peut être définie avec certitude, parce que l'on ne sait pas en quoi consiste la maîtrise de fait. Ainsi, l'assimilation de la "Gewalt" à la "tatsächliche Sachherrschaft" n'est d'aucune utilité. Plutôt que de tenter en vain de s'appuyer sur la "conscience collective", il est préférable d'abandonner toute définition préalable, pour laisser au juge le soin de fixer le contenu de la "Gewalt" (53). Certes, lorsque les auteurs assimilent le pouvoir de fait à une maîtrise effective, ils n'écartent pas la possibilité pour le juge de participer à la définition du corpus. Cependant, il devra statuer en fonction du contenu reconnu à cette maîtrise par l'opinion commune. Au contraire, dans la thèse présente, le juge a les pleins pouvoirs. La "Gewalt" est en quelque sorte considérée comme un blanc-seing, à compléter par le juge en fonction des différents buts poursuivis par la possession. L'avantage d'un tel système est qu'il ne limite pas la notion de possession aux seules circonstances où un pouvoir de maîtrise se manifeste aux yeux des tiers.

---

(52) SALEILLES, op. cit. (n° 9, note 10), Rev. crit. 1904, p. 49.

(53) HECK, op. cit., § 5, n° 6 - SCHMELZEISEN, "Die Relativität des Besitzbegriffs", A.c.P. 136, p. 49 et s.

Ainsi, lorsque la possession passe à l'héritier (§ 857), il n'y a pas nécessairement transfert apparent du pouvoir de domination. Il est difficile de dire qu'au moment du décès les tiers peuvent se rendre compte de l'acquisition de la "Gewalt" par les héritiers. Cela pourrait se justifier dans des cercles sociaux relativement restreints, où chacun connaît les héritiers et peut ainsi leur attribuer le même pouvoir qu'au défunt (54). Mais, en règle générale, le recours à la conscience sociale sera inopérant et, par conséquent, l'explication de la possession par le pouvoir de maîtrise, insuffisante. On peut toutefois douter de l'exactitude d'un tel raisonnement. Ce que l'on exige du pouvoir de maîtrise, c'est qu'il soit extériorisé, mais non que soit forcément connu son titulaire. Il est donc nécessaire, mais suffisant, que les tiers puissent se rendre compte, au vu de certaines circonstances, qu'un pouvoir s'exerce sur un bien. Que les tiers ignorent ou non le décès, si les conditions extérieures ne varient pas, la possession demeure pour eux intacte. De ce point de vue, l'argument tiré du § 857 n'est pas décisif.

95. - En outre, cette deuxième thèse ne fait que déplacer la difficulté. Le juge ne pouvant statuer dans l'abstrait, force est de lui reconnaître la possibilité de se fonder sur certains éléments matériels. C'est ainsi que Heck, conformément à l'ensemble de ses opinions en matière de possession, pense que le juge recherchera la situation où les intérêts d'une certaine stabilité ("Kontinuitätsinteressen") imposeront une protection possessoire (55). Or, il n'est pas évident que ce concept soit plus clair que les précédents. Il semble même que l'incertitude soit plus grande, dans la mesure où tout se résumera à une appréciation souveraine du juge. Si celui-ci ne se décide pas en fonction de critères préétablis, le contenu du corpus est laissé à sa merci.

---

(54) SCHMELZEISEN, ibidem.

(55) HECK, ibidem.

En pratique, la doctrine s'est largement ralliée à la première thèse. Le terme de "Gewalt" est donc entendu comme synonyme de maîtrise de fait, le contenu de cette dernière étant déterminé par "la conscience sociale" et à l'aide de certains critères plus précis posés par la doctrine et la jurisprudence. A l'évidence, cette conception est fort éloignée des vues d'Jhering (56). Peut-on, malgré tout, la rapprocher, du corpus français ?

96. - Une certaine hésitation est permise. Le corpus du Code civil se réfère à l'exercice d'un droit ; s'il en résulte une plus grande précision, son domaine est beaucoup plus limité. Cependant, dans la mesure où le droit allemand fait appel à la situation juridique pour qualifier le contenu du pouvoir de maîtrise, une convergence entre les deux systèmes peut être envisagée. Il est même permis de se demander si, en droit allemand, cette "causa possessionis" ne va pas constituer le critère décisif. Aux yeux des tiers, quels sont les actes qui caractérisent au mieux l'existence d'un pouvoir de maîtrise,si ce n'est ceux qui impliquent une relation directe entre le possesseur et la chose, c'est-à-dire ceux qui créent une situation juridique à l'image d'un droit réel ? Dans cette mesure, les actes matériels du droit français seront fort proches du pouvoir de maîtrise allemand.

Saleilles a, de son côté, tenté une synthèse, mais en partant d'un tout autre point de vue. Il croit voir dans le B. G. B. la confirmation de sa propre conception,qui fait de la possession un rapport d'appropriation économique (57). En réalité, c'est peut-être aller trop loin. Il ne fait aucun doute que la maîtrise effective sur un bien existe dès lors qu'un rapport d'exploitation économique s'est établi. Cependant, tous les auteurs insistent sur la primauté du pouvoir matériel.

---

(56) Cf. supra, n° 83.

(57) Cf. supra, n° 29 et op. cit. n° 89, note 29.V.également RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 73.

Or, s'agissant d'un rapport d'appropriation économique, le pouvoir a une importance moindre. Ainsi, pour Saleilles, le § 857 ne constitue pas une exception ou une fiction (58) : "il n'y aurait fiction que si la réalité était envisagée sous un aspect de pure matérialité au lieu d'être un rapport de caractère économique et social " (59). Autrement dit, pour les tiers, ce qui apparaît globalement comme un rapport d'exploitation importerait plus que l'acte matériel. On ne peut affirmer que ce soit le sentiment dominant en droit allemand. Au contraire, le fait notamment de considérer le § 857 comme une exception au § 854 (60), démontre que les auteurs insistent sur la matérialité du pouvoir de fait, plutôt que sur sa signification économique. Enfin, la prise en compte de la situation juridique par le droit allemand ne permet pas de l'enfermer dans une conception purement sociale (61). Le droit allemand demeure donc étranger, en grande partie, aux idées de Saleilles.

Sous-section II : L'animus.

97. - Est-il besoin de souligner que c'est à propos de l'animus que se séparent fondamentalement le droit allemand et le droit français ? Leurs solutions respectives sont, en effet, fonction du rôle assigné à l'élément intentionnel, rôle qui diffère selon qu'il est considéré ou non comme une condition autonome par rapport au corpus. La conception objective d'Jhering suppose que les éléments constitutifs se réduisent au seul corpus. L'état de fait dans sa matérialité suffira alors à caractériser la possession, sans qu'intervienne la volonté du possesseur. L'élément intentionnel, en revanche, viendra s'ajouter au corpus dans la conception subjective, défendue par Savigny, pour lui donner une coloration particulière. Condition indépendante, ce sera donc la volonté du possesseur d'exercer le corpus comme un propriétaire, ou à tout le moins, comme le titulaire du droit réel qu'il entend posséder ;

---

(58) Cf. supra, n° 94.

(59) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 18.

(60) Cf. supra, n° 94 et infra, n° 196.

(61) Contra : SALEILLES, ibidem, p. 15.

il ne peut ainsi s'agir que d'un animus domini. A défaut d'être une condition autonome, l'animus se confondra avec le corpus jusqu'à ne faire plus qu'un avec lui.

La nécessité d'un animus domini ne fait aucun doute en droit français (§ 1), pas plus que ne fait de difficultés le refus de principe du droit allemand de le prendre en considération. Cependant, cette dernière attitude n'aboutit pas à éliminer totalement l'élément intentionnel dont il faudra alors mesurer l'importance et le rôle (§ 2).

§ 1 : L'animus domini en droit français.

98. - On ne peut être surpris de l'importance attachée par la doctrine française à l'animus domini. Celui-ci ne fait que traduire le lien plus général unissant la possession et les droits réels (62). Mais, si ce lien remonte au droit romain, ce n'est qu'avec Savigny que l'accent a été mis sur la nécessité d'une volonté particulière. L'apport doctrinal est ici fondamental (A) et explique dans une large mesure le système mis en place par le Code civil (B).

A) La thèse subjective de l'animus domini.

99. - Bien évidemment, les tentatives d'explication du droit romain fournissent le point de départ des différentes opinions. Ainsi, après avoir précisé les éléments matériels de la possession, Savigny (63) se demande dans quelles conditions le corpus, jusqu'ici simple détention, se transformera en possession. A l'élément matériel doit s'ajouter, selon lui, une condition tenant à la volonté du possesseur (animus possidendi). Cette volonté doit être qualifiée. Il ne peut s'agir de celle qui consisterait simplement à posséder le bien intentionnellement. Tout au contraire, elle consiste à faire acte de propriété pour soi-même, de sorte que l' "animus possidendi doit s'entendre de

(62) Cf. supra, n° 12 et s.

(63) Op. cit. (n° 8, note 6), § 9, p. 108.

l'animus domini ou de l' "animus rem sibi habendi" ; par conséquent seul mérite le nom de possesseur celui qui traite en propriétaire la chose dont il a la détention, celui qui en fait veut en disposer de la même manière qu'un propriétaire en disposerait en vertu de son droit et qui dès lors ne reconnaît pas aux tiers de droit supérieur au sien sur cette chose" (64). Le possesseur doit donc avoir l'intention de se comporter comme le titulaire du droit qu'il entend posséder. Et il est inutile d'aller plus avant ; à aucun moment il n'est fait référence à un éventuel droit de propriété effectif, seule compte la volonté du possesseur qui, s'ajoutant au corpus, le transforme de simple détention en possession véritable.

Poursuivant l'étude du droit romain, Savigny constate qu'en cas de transfert de la possession, mais non de la propriété, la situation se complique quelque peu. Le possesseur originaire pouvant transmettre son droit de possession, on ne peut plus, selon lui, parler d'animus domini de la part de l'acquéreur. Ce dernier obtient une possession dérivée et son animus se rapporte au "jus possessionis" qui lui a été transféré (65). Du point de vue de l'animus, il convenait donc de distinguer, en droit romain, la possession originaire qui supposait l'animus domini, de la possession dérivée où l'acquéreur devait avoir une certaine volonté tendant uniquement à acquérir le jus possessionis (66). Cela permet à Savigny de considérer la possession du gagiste, des précaristes et d'autres de ce genre, non comme de véritables exceptions,

---

(64) SAVIGNY, op. cit. (n° 8, note 6), p. 110 et note 2 pour les références au droit romain qui justifieraient cette opinion.

(65) SAVIGNY, ibidem, p. 121.

(66) SAVIGNY, ibidem, § 23, p. 282 et s.

mais comme une atténuation du dogme de l'animus domini. En fait, il distingue plusieurs situations. Parfois la possession n'était jamais transmise avec la détention. Le bénéficiaire n'était en conséquence que le représentant de la possession du possesseur précédent. C'est dans cette catégorie que l'auteur classe le contrat de louage. A un double titre il était inutile d'accorder la protection possessoire au preneur : son contrat empêchait toute usucapion et le protégeait contre les éventuelles violences du bailleur. A l'égard des tiers, le preneur était protégé contre les violences par les interdits offerts au propriétaire (67). Dans d'autres hypothèses, la détention n'était jamais transmise sans la possession : tel était le cas du créancier gagiste qui acquérait un "jus possessionis" avec un animus correspondant, mais non un animus domini, les règles de l'usucapion lui étant, notamment, inapplicables (68).

A partir de ces explications qui, au fond, ne concernaient que la situation romaine, Savigny va réussir à systématiser ce qui plus tard fera figure de thèse subjective, défendant ainsi une conception restrictive de la possession qui contraste avec ses opinions sur le corpus (69). Qu'elle corresponde ou non à la réalité du droit romain (70), il est de tradition d'affirmer que cette thèse a marqué de son empreinte l'oeuvre des rédacteurs du Code civil, dans la mesure où celui-ci consacre l'animus domini.

---

(67) SAVIGNY, ibidem, p. 284.

(68) SAVIGNY, ibidem, p. 293.

(69) Cf. supra, n° 82.

(70) Sur ce point elle fut violemment critiquée, notamment les explications sur la possession dérivée : V. SALEILLES, op. cit. (n° 82, note 2), n° 70, p. 106, Cf. l'opinion d'Jhering, infra, n° 103.

B) L'animus domini dans le Code civil.

100. - La quasi totalité des auteurs français considèrent aujourd'hui l'animus domini comme une condition autonome de la possession, consacrée par le Code civil (71). Au corpus doit donc s'adjoindre un élément intentionnel qui se traduira par la volonté de se comporter sur la chose comme un propriétaire. Et l'animus est parfaitement indépendant de la bonne foi : le voleur ou l'usurpateur, bien que sachant qu'ils ne sont pas propriétaires, ont précisément la volonté de s'affirmer comme tels. A ce stade, la doctrine n'a pas manqué de souligner l'analogie entre les thèses de Savigny et le système français (72). On peut néanmoins douter de cette filiation. En 1804, il est peu probable que les rédacteurs du Code civil aient eu connaissance de l'ouvrage de Savigny, publié en Allemagne en 1803. Mais en vérité, en admettant que les travaux de Savigny aient été ignorés en France, la conception de l'animus n'aurait-elle pas été identique ? N'oublions pas que le Code civil insère la possession dans le cadre des droits réels (73). A l'exercice de fait d'un droit réel doit tout naturellement correspondre une volonté concordante du possesseur qui ne peut être que l'intention de se comporter comme le ferait le titulaire d'un tel droit. Aussi, la consécration par le droit français de l'animus domini n'est-elle qu'une conséquence logique de l'option prise au départ. De la sorte, l'intérêt de cet élément psychologique réside dans ce qu'il permet de distinguer, en présence d'actes matériels équivalents, le possesseur de celui qui n'est que détenteur (74). Ainsi peut-on retrouver la trace de l'animus domini bien avant Savigny, notamment chez ceux qui ont directement

---

(71) WEILL, op. cit., n° 369 - CARBONNIER, op. cit., n° 41, p. 140 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 17, p. 25. Comp. cependant, infra n° 116.

(72) WEILL, ibidem, n° 371 - MARTY-RAYNAUD, ibidem, n° 16, p. 24.

(73) Cf. supra, n° 12 et s.

(74) Cf. infra, n° 116 et s.

inspiré les rédacteurs du Code civil (75).

Corpus et animus domini sont donc l'image d'une même réalité, celle d'une possession insérée dans le système des droits réels. Si le Code civil a adopté la thèse subjective, c'est parce que celle-ci s'imposait à lui. Comment aurait-on pu concevoir l'exercice de fait d'un droit réel sans animus domini concordant ? Le mérite de Savigny est d'avoir systématisé les différents aspects de la conception subjective dans un double but : celui d'expliquer le droit romain et celui de donner une certaine unité à la pensée allemande. Et c'est sur ce double terrain que naîtra la célèbre controverse avec Jhering et que se forgeront les concepts propres au droit allemand.

§ 2 : L'élément intentionnel en droit allemand.

101. - Les conceptions classiques de l'animus domini ne peuvent rendre compte du droit allemand. La possession se réduit à un fait matériel, le pouvoir de maîtrise, sans que la volonté du possesseur traduise nécessairement l'exercice d'un droit. La question de l'animus domini n'a alors plus aucun sens (A). Cela ne conduit pas le droit allemand à écarter définitivement tout élément intentionnel, le pouvoir de maîtrise exigeant un comportement à tout le moins volontaire et non pas accidentel (B).

A) L'absence d'animus domini.

102. - Comment les rédacteurs du B. G. B. ont-ils décidé de s'écarter des thèses classiques ? Sans nul doute, ce sont les travaux

---

(75) POTHIER, op. cit. (n° 13, note 12), p. 279 - Cf. MAZEAUD, Leçons de Droit civil, 1969, T. II, 2è vol., n° 1426, p. 158 - CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 150, qui souligne que "de ce qu'ont écrit DOMAT et POTHIER, il y aurait lieu de faire plus de cas pour l'interprétation du Code civil, surtout si l'on croit à l'intention du législateur, car celui de 1804 n'avait pas éprouvé les éblouissements qu'ont ensuite causés aux français, successivement Savigny et Jhering".

d'Jhering qui ont ouvert la brèche dans laquelle ils se sont engouffrés (1). Il n'est pourtant pas certain que le droit positif allemand reproduise fidèlement la pensée de l'éminent jurisconsulte (2).

1) L'apport d'Jhering.

103. - Le reproche essentiel qu'Jhering formule à l'encontre de la thèse de Savigny est qu'elle engendre un délicat problème de preuve lorsqu'il s'agit, en présence d'un corpus identique, de déterminer si celui qui l'exerce est véritablement possesseur ou simplement détenteur. Une telle difficulté suppose le recours à une présomption que connaît le Code civil dans son article 2230, mais qui était ignorée du droit romain et de l'ancien droit allemand. En l'absence d'une telle présomption, la possession est prouvée, selon Jhering, dès que le corpus est établi, à moins que ne soit mise en évidence une circonstance qui rende le titulaire du corpus simple détenteur. Mais cette circonstance, cette "causa detentionis" n'est pas un effet de la volonté du possesseur; elle a sa source dans la loi, sans quoi l'on retomberait dans les errements de Savigny. Dès lors l'animus n'est plus une condition autonome de la possession, mais elle s'incorpore au corpus. Animus et corpus deviennent ainsi les deux aspects d'un même rapport de fait : "pour établir la possession, il suffit de prouver l'existence d'un corpus et il revient à celui qui en conteste la réalité de mettre en évidence une "causa detentionis" (76). Seul donc le corpus, dans lequel se fond l'animus, suffit à prouver la possession et il n'y a plus de différence entre un possesseur et un détenteur, tout au moins tant que n'a pas été prouvée l'existence d'une causa detentionis (77).

---

(76) JHERING, Der Besitzwille, 1889, p. 8.

(77) JHERING, ibidem, p. 16 - SALEILLES, op. cit. (n° 82, note 2), p. 101 et s.

C'est là évidemment la conséquence essentielle de l'élimination de l'animus domini en tant qu'élément constitutif de la possession (78). Ainsi, la volonté du possesseur est-elle uniquement dirigée sur le fait et non sur le droit.

Les solutions auxquelles aboutissent Savigny et Jhering, pour opposées qu'elles soient, n'en ont pas moins un point commun. Toutes deux reflètent une certaine contradiction interne, dans la mesure où l'élément intentionnel qu'elles prennent en considération ne correspond pas à ce que leur définition du corpus laissait entendre. S'agissant des thèses de Savigny, le pouvoir de fait y est présenté de manière très informelle, sans contenu précis (79) ; l'animus domini vient corriger cette imprécision en le modelant. Puisque le possesseur doit avoir la volonté de se comporter comme le titulaire du droit qu'il entend posséder, le corpus doit nécessairement réfléchir cette intention et, par conséquent, traduire l'exercice de fait d'un droit réel. C'est la situation inverse que l'on rencontre chez Jhering. Sa définition du corpus est liée au fondement donné à la protection possessoire : celle-ci n'est conférée que parce que le plus souvent c'est, en fait, la propriété qui est protégée. Le corpus possessoire est alors à l'image de celui du droit de propriété. Dans ces conditions, l'on pourrait s'attendre à ce que l'élément intentionnel soit l'animus domini, ce qui n'est pas le cas. Cependant, d'une certaine manière, la contradiction n'est qu'apparente. Le corpus étant à l'image du droit de propriété, point n'est besoin d'animus domini puisque le corpus l'exprime par lui-même.

104. - A la suite d'Jhering, il faut souligner l'importance des travaux de Saleilles. En accord avec ses conceptions sur le corpus, il tente de dépasser ce qu'il estime être une contradiction dans le système d'Jhering. Comme ce dernier, il estime que seul est concevable un animus portant sur le fait. Mais il essaie de l'appliquer au corpus

---

(78) Cf. infra, la distinction entre possession et détention, n° 113 et s.

(79) Cf. supra, n° 82.

tel que lui-même le définit (80). A ses yeux, la possession apparaît "comme la réalisation consciente et voulue de l'appropriation économique des choses" (81). De la sorte, "le possesseur sera donc celui qui apparaîtra dans le monde des faits extérieurs comme le maître de fait de la chose et qui voudra l'être" (82). En fin de compte, la démarche de Saleilles n'est pas très éloignée de celle d'Jhering, tous deux raccrochant l'animus au corpus.

2) La solution du B. G. B. .

106. - De prime abord, les rédacteurs du B. G. B.se sont largement inspirés des vues d'Jhering, du moins si l'on se limite à la seule question de l'abandon de l'animus domini. Ce résultat n'était pas acquis d'avance et c'est ainsi que les défenseurs du premier projet du B. G. B. qui se référait encore largement aux thèses de l'animus domini, eurent à subir les critiques acérées d'Jhering (83). Mais la rédaction définitive supprime toute ambiguïté ; nulle trace dans le § 854 d'un animus domini et d'une certaine manière le B. G. B. n'encourt pas, nous semble-t-il, les reproches que l'on pouvait adresser à Jhering. Du point de vue du législateur allemand, aucune contradiction ne subsiste et dans cette mesure il a opéré, paradoxalement, une synthèse des conceptions de Savigny et d'Jhering, en empruntant au premier son corpus et au second son animus. Mais alors, l'animus ne répond plus aux préoccupations d'Jhering. Certes, ce dernier ne le concevait pas comme une condition autonome, mais, on a pu le vérifier (84), puisque le corpus est le fait de se comporter vis à vis d'un bien comme le ferait son propriétaire, l'animus qui s'y incorpore traduit nécessairement la même idée et n'est pas sans rappeler, fut-ce implicitement, l'animus domini.

(80) Cf. supra, n° 84.
(81) Op. cit. n° 82, note 2, p. 183.
(82) Ibidem, p. 184.
(83) Op. cit. (n° 112, note 74), p. 470 et s.
(84) Cf. supra, n° 103.

Il n'en va pas de même dans le B. G. B. . Si ce dernier a bien emprunté à la théorie objective son principe directeur, à savoir l'intégration de l'animus dans le corpus, sa signification a changé, puisque le corpus ne répond plus à la définition qu'en avait donnée Jhering. Selon l'opinion de ce dernier, l'animus concerne l'exercice d'un corpus à l'image du droit de propriété, alors que dans le B. G. B. il signifie simplement l'exercice volontaire du pouvoir de maîtrise. Encore cette affirmation suppose-t-elle que le droit allemand exige un élément intentionnel dont, en réalité, la nécessité a été discutée. Mais du moins, y a-t-il une certaine logique dans le système du B. G. B., l'animus et le corpus exprimant la même idée, celle d'une possession caractérisée par un pouvoir de fait.

b) La nécessité d'un élément intentionnel.

106. - Dans quelle mesure le B. G. B. a-t-il consacré une conception de la possession purement objective, en éliminant tout élément intentionnel ? C'est la question que s'est, tout d'abord, posée une partie de la doctrine française. Saleilles a ainsi cru pouvoir découvrir dans le B. G. B. la confirmation de sa thèse, selon laquelle la possession n'est rien d'autre qu'un rapport d'appropriation économique. A ses yeux, si le droit allemand écarte l'animus, c'est qu'il s'intéresse, non pas à la volonté du possesseur, mais à l'opinion des tiers, qui elle seule détermine l'existence du corpus (85). "Ce n'est pas la volonté intime et subjective du possesseur que l'on recherche", c'est la déclaration objective qu'il fait de sa situation par rapport à la chose (86). Cela conduit Saleilles à envisager un "animus apparent" dans les cas où, aux yeux des tiers, le fait matériel ne suffit pas à lui seul pour fonder une véritable maîtrise de la chose. Tel sera le

---

(85) Cf. supra, n° 90 et s.

(86) Saleilles, op. cit. (n° 89, note 29), n° 26, p. 45.

cas lorsque s'appliquera le § 867 du B. G. B. (87), c'est-à-dire lorsque le rapport de l'homme avec la chose aura une origine purement accidentelle, l'opinion ambiante se refusant à admettre que ce rapport puisse constituer un pouvoir de maîtrise (88). La condition subjective est détachée du possesseur pour se retrouver du côté de la "conscience collective". Il n'est pas étonnant, dans ces conditions, que l'auteur parvienne à envisager une possession sans la moindre manifestation de volonté de la part du possesseur. Dans ce but, il imagine la situation d'un commerçant qui a l'habitude de voir les marchandises livrées, déposées devant sa porte. Pour le public, ces marchandises entrent dans sa possession quand bien même elles n'auraient pas été commandées ou qu'elles auraient été refusées par avance. De telles circonstances font que, pour lui, la possession existe sans volonté concordante du possesseur, mais avec une volonté apparente aux yeux des tiers (89). L'animus n'est pas l'intention vraie du possesseur, mais uniquement et objectivement, l'animus que lui attribuent les circonstances.

Il faut reconnaître que la démonstration de Saleilles n'est guère convaincante. Tout d'abord, sur le terrain du § 867, on peut objecter que seuls les témoins des événements qu'il envisage refuseront de considérer le possesseur de l'immeuble comme étant également celui

---

(87) "Si une chose sortie du pouvoir de son possesseur est arrivée sur un immeuble possédé par autrui, celui-ci doit permettre la recherche et l'enlèvement à moins que, dans l'intervalle, cette chose n'ait fait l'objet d'une prise de possession ..."

(88) SALEILLES, ibidem, p. 47.

(89) SALEILLES, ibidem, p. 50.

du meuble. Les autres, au contraire, feront triompher la solution inverse en se fondant précisément sur l'animus apparent. Ensuite, l'on peut se demander quels sont les intérêts d'une possession pour un individu qui n'en veut pas, tel le commerçant envisagé par Saleilles, On ne peut tout de même pas, par faveur envers la thèse objective, obliger quelqu'un qui ne le désire point à être possesseur ! En réalité, le B.G.B. demeure sur ce point plus proche des conceptions d'Jhering et l'ensemble de la doctrine, contrairement aux affirmations de Saleilles, envisage la nécessité d'un élément intentionnel.

107. - En effet, si Jhering a supprimé la distinction traditionnelle entre possession et détention, en écartant l'animus domini, il n'en a pas moins conservé l'élément intentionnel.

L'animus n'est plus un élément autonome, mais il demeure un élément implicite qui se dégage du pouvoir de fait dans lequel il se trouve réalisé. Le corpus ne peut donc se concevoir sans animus, même s'il l'absorbe ; il se distingue ainsi du simple rapport de juxtaposition locale. Le rapport possessoire doit être voulu.

C'est ainsi, selon le fameux exemple, qu'un prisonnier ne possède pas les chaînes qui l'entravent, bien qu'il y ait un contact matériel (90). Ce qui motive la possession, c'est l'intérêt que présente le bien pour le possesseur. Sans cet intérêt, il ne peut y avoir une relation entre un individu et une chose. Le corpus traduit donc la volonté d'exprimer un tel intérêt. On ne se préoccupe plus alors de rechercher si le pouvoir de fait correspond ou non à une volonté subjective ; il suffit, désormais, que les circonstances dans lesquelles le pouvoir de fait s'établit, lui donnent l'aspect d'un pouvoir volontaire : "il est seulement nécessaire que la volonté se dégage objectivement de la situation, sans qu'il y ait à rechercher si cette volonté, dégagée

---

(90) JHERING, op. cit. (n°112, note 74), p. 21 et s.

objectivement, coïncide ou non avec une volonté subjective" (91).

108. - Le droit allemand aurait ainsi éliminé l'animus domini, sans rejeter tout élément intentionnel. A dire vrai, cette affirmation ne fait pas l'unanimité au sein de la doctrine allemande. Nul ne songe à nier que le B. G. B. a abandonné les exigences d'un animus domini au sens traditionnel du terme (92). Pourtant, il figurait dans le premier projet. Dans son § 797, cet avant-projet prévoyait que l'acquisition de la possession se réalisait par l'obtention du pouvoir de maîtrise, en accord avec la volonté du possesseur de considérer la chose comme sienne, et le § 800 précisait qu'un incapable ne pouvait pas, de par lui-même, acquérir la possession. Ces deux paragraphes ont disparu de la rédaction définitive et le § 854 ne contient aucune allusion à un animus quelconque. En fait, le premier projet en était resté à l'animus domini de la théorie subjective avec laquelle on a précisément voulu rompre (93).

---

(91) CORNIL, "La volonté de posséder et la distinction de la possession et de la détention en droit allemand", Rev. de droit int. et de Legl. comp. 1907, p. 133. Sur ce point, CORNIL est, à son corps défendant très proche des conceptions de SALEILLES. Qu'est-ce qu'une volonté dégagée objectivement si ce n'est l'animus apparent dont parle SALEILLES (supra n° 105). Il est vrai que dans la thèse d'Jhering, le fait d'intégrer l'animus dans le corpus "l'objectivise".

(92) WOLFF-RAISER, op. cit., § 10 - STAUDINGER, op. cit. § 854, 3 - PLANCK-BRODMANN, op. cit., § 854, 2 - BIERMANN, Sachenrecht, 1914, § 854, 3, a, et s. - WENDT "Besitz und Besitzwille" Festschrift für die Juristische Fakultät in Giesen, 1907, p. 83 - BRUNS, op. cit. (n° 24, note 28), p. 59.

(93) Sur l'élaboration des doctrines allemandes avant le B. G. B., cf. Baron "Zur Lehre vom Besitzwille" Dogm. J. XXIX, p. 192 et "Noch einmal Besitzwille" Dogm. J. XXX, p. 197.

Mais faut-il interpréter cette rupture comme conduisant à dénier toute importance à la volonté du possesseur ? Certains l'ont pensé, qui reprennent et développent une argumentation fort proche des opinions de Saleilles. C'est ainsi que l'on reparle du § 867, en insistant sur le rôle de l'opinion publique et sur la manifestation extérieure de la possession, toutes deux pouvant faire croire à une possession, en l'absence de toute intention concordante de celui qui, de cette manière, est reconnu comme possesseur. Tel est notamment la thèse de Westermann : à ses yeux, ce qui est déterminant, c'est le fait pour une chose d'entrer dans une "organisation" qui implique l'existence d'un pouvoir de maîtrise ("Herrschaftssphäre") (94). En réalité, cette conception n'est guère éloignée de celle de la doctrine dominante. L'auteur lui-même est forcé de reconnaître que dans la plupart des hypothèses, "l'organisation" révèle une volonté générale en concordance avec les faits de possession. Bien plus, lorsque les conditions d'une "Herrschaftssphäre" ne sont pas réunies, il fait appel à la volonté de celui qui veut posséder, en exigeant de sa part l'intention de fonder une possession ("Begründungswille"). La position de certains auteurs est plus radicale. Partant de la constatation que le droit allemand a mis fin à l'exigence d'un animus domini, ils concluent à la disparition de tout élément intentionnel. Leur démonstration est cependant peu convaincante et, en elle-même, souvent très confuse. Certains désirent seulement prouver que le B. G. B. peut connaître une possession sans aucun animus, mais ils considèrent qu'il s'agit en fait d'exceptions (95). Un autre auteur semble effectivement vouloir rejeter l'idée même de la nécessité d'une volonté quelconque lorsqu'il affirme qu'un malade mental peut posséder (96). La possession

---

(94) WESTERMANN, op. cit., § 13, I ; il donne l'exemple des boîtes aux lettres où la possession des lettres est acquise dès qu'elles y sont déposées.

(95) Hypothèse des lettres déposées par erreur dans une boîte aux lettres. L. RAAPE "Besitzerwerb ohne Besitzwille nach dem B. G. B." Diss. Bonn 1901, p. 7, et s. ; p. 63 et s.

(96) THOMA, Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B.G.B., Diss. Freiburg, 1900, p. 28.

est alors définie par la seule "conscience sociale", indépendamment du point de savoir si ce pouvoir est voulu ou non. Mais ses affirmations laissent quelque peu perplexe, car, puisque cet auteur définit l'animus "comme étant de nature juridique", on peut se demander s'il n'envisage pas en réalité, l'animus domini (97). La même confusion règne dans les écrits de Strohal. Estimant, ce qui en soi est déjà contestable, qu'en droit romain l'animus domini est la volonté d'acquérir la possession, il note que le § 854 n'a pas repris cette condition et que, par conséquent, c'est toute volonté possessoire qu'écarte le B. G. B. (98). Mais il est amené à préciser que dans de nombreuses circonstances, il n'est pas possible de dire s'il y a eu acquisition de la possession sans se référer à la volonté du possesseur, notamment dans le cadre du § 867 où le contact entre le meuble et le propriétaire de l'immeuble sur lequel il se trouve, peut n'être qu'accidentel. Dans de telles hypothèses, les opinions de cet auteur prennent un caractère paradoxal. Alors qu'il nie le rôle de la volonté dans les cas où aucune difficulté n'existe, il en vient pratiquement à exiger un animus domini, dès qu'il faut séparer la véritable possession du simple contact matériel (99). C'est souligner la confusion de sa thèse, confusion qui affaiblit sa portée si elle ne la ruine pas.

Ces ambiguïtés et ces contradictions expliquent le peu de poids de ces différentes opinions et la volonté de la majorité de la doctrine de ne pas éliminer complètement l'animus. Aussi bien, ce qui est à l'heure actuelle exigé, c'est la volonté de créer une possession et non pas un animus comparable à celui du droit français. Le pouvoir de maîtrise implique une relation durable avec un bien, ce lien ne peut se déduire que de la volonté du possesseur exprimée par son comportement. L'acquisition de la possession est liée à l'existence d'une volonté qui en quelque sorte sera présumée dans l'existence du corpus. Ainsi, et

---

(97) THOMA, ibidem, p. 30.
(98) STROHAL "Der Sachbesitz nach dem B. G. B." Dogm. J. XXXVIII, p. 66.
(99) STROHAL, ibidem, p. 68.

c'est un premier point sur lequel s'accordent les auteurs, il n'y a pas de possession sans élément intentionnel. Bien que celui-ci soit parfois désigné par le terme d'animus, de toute évidence, il ne peut s'agir que d'une volonté possessoire ("Besitzwille"), corroborant le pouvoir de maîtrise (100). La volonté n'est donc jamais une condition indépendante du pouvoir de maîtrise, même si tel peut être le cas dans certaines circonstances : ainsi un objet oublié chez un tiers n'entre pas dans la possession de ce dernier, sauf s'il manifeste l'intention de ne pas le rendre. Mais, en règle générale, la manifestation de volonté s'opèrera par l'exercice du corpus.

109. - Comment, dès lors, justifier l'existence de cette "Besitzwille" incorporée au corpus, comme le soutenait déjà Jhering ? Les auteurs invoquent, en premier lieu, la lettre même du § 854, alinéa 1. Au regard de celui-ci, est possesseur celui qui obtient ("Erlangung") le pouvoir de maîtrise. Ce terme implique une volonté conforme au projet du possesseur. Comment pourrait-on acquérir un pouvoir de fait sans aucune volonté concordante ? Certes, cela semble concerner plus l'acquisition de la possession que son exercice. En réalité, les deux questions sont confondues au sein du § 854 et cela n'implique pas que la continuation de la possession nécessitera une volonté de même qualité (101).

---

(100) Cf. références citées à la note 92. V. également, DERNBURG, op. cit. (n° 53, note 132), § 17, 1 - LENT, op. cit., § IV, 4 - V. GIERKE, op. cit., § 7, I - WINDSCHEID, op. cit. (n° 61, note 141), p. 787 - SCHWAB, op. cit. (n° 24, note 30), p. 43 - WENDT "Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches", A. c. P. 87, p. 42 - PALANDT, op. cit., § 854, 2.

(101) PLANCK-BRODMANN, op. cit., § 854, 2 - SOERGEL, op. cit., § 854, 7 - STAUDINGER, ibidem, § 854, 3, b - BRUNS, op. cit. (n° 24, note 28), p. 60 et s.

Aux yeux des tribunaux, il n'y a aucun doute : la volonté est indispensable et elle consiste dans l'intention d'acquérir la maîtrise de fait, de fonder une possession ("Begründungswille") (102).

Cette affirmation repose sur un deuxième argument qui, cette fois, concerne l'interprétation du § 867. L'on sait que celui-ci est analysé par certains comme justifiant l'absence de toute volonté de la part du possesseur, puisque les tiers pourront croire à la possession du propriétaire de l'immeuble, sans que celui-ci manifeste une quelconque intention. (103). Cette conclusion est fort discutable. Lorsque le § 867 permet de rechercher les choses sur un fonds "pour autant qu'elles n'ont pas été prises en possession entre temps", cela signifie que l'acquisition de la possession ne peut se faire sans une certaine volonté du propriétaire du fonds et qu'elle n'intervient pas dès que l'objet se trouve sur le fonds. Loin donc de permettre de ne pas tenir compte de la volonté du possesseur, ce § 867 en révèle la nécessité. Certes, les points de vue des deux thèses ne sont pas identiques, l'une s'appuyant sur l'opinion des tiers, l'autre se préoccupant de la personne du

---

(102) B. G. H. 30 mai 1958, B. G. H. Z. 27, 360. C'est ainsi qu'une personne ne peut être possesseur d'objets dont elle ignore qu'ils sont entrés sous son toit et qu'elle n'a pas désirés : R. G. 2 janvier 1923, R. G. Z. 106, 135 ; le Tribunal d'Empire parle en l'espèce de l'absence de "Beherrschungswille". De même le restaurateur n'est pas possesseur des objets oubliés chez lui : R. G. 14 novembre 1923, J. W. 1925, 784, note critique de HEDEMANN.

(103) Cf. supra, n° 115 et n° 117.

possesseur. Mais dans le cadre de la première, quel serait l'intérêt d'une possession qui concernerait non le possesseur, mais uniquement les les tiers (104) ?

110. - La possession en droit allemand suppose, ainsi, un élément intentionnel. Comment définir son contenu ? S'agit-il de la volonté nécessaire à la conclusion des actes juridiques ou, au contraire, est-elle réduite à la capacité du possesseur à comprendre la portée de ses actes ? La question ne soulève guère de controverses. Les auteurs favorables à l'existence d'un élément intentionnel se contentent d'une volonté dite naturelle, ce qui, dans leur esprit, lui ôte tout caractère juridique et, par conséquent, la distingue de celle qui est requise pour un acte juridique (105). Le seul obstacle sera donc l'impossibilité d'avoir une volonté, c'est-à-dire, en réalité, l'impossibilité d'exercer consciemment un corpus. L'élément intentionnel étant, de la sorte, uniquement dirigé sur l'exercice du pouvoir de maîtrise, un enfant, un mineur, un malade mental, dans la mesure où ils comprennent ce qu'ils font, pourront posséder (106). Cette volonté "naturelle" est entendue largement : elle peut être générale, tacite, et n'a pas besoin d'être dirigée sur la possession d'une chose déterminée. Ainsi, une personne devient-elle possesseur des lettres déposées dans sa boite aux lettres, mais uniquement des lettres, la boite n'exprimant tacitement une volonté qu'à l'égard de tels objets (107). On finit par présumer chez tout individu une volonté générale d'exercer un corpus, donc de posséder, et ce sur tous les biens qui entrent dans la sphère de son pouvoir, pour peu qu'il n'existe pas d'indices en sens contraire.

---

(104) WENDT, op. cit. (n° 108, note 92), p. 85.

(105) Pour ce dernier, cf. A. RIEG, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, 1961.

(106) STAUDINGER, ibidem, § 854, 5 -LENT, ibidem, § IV, 4 - SOERGEL, ibidem, § 854, 9 - Cf. sur l'acquisition de la possession, infra, n° 185 et s.

(107) WOLFF-RAISER, op. cit., § 10, note 2. Cf. références à la note précédente.

111. - On peut alors, nous semble-t-il, parvenir à une double conclusion. Tout d'abord, et c'est ce qui est le moins contesté, le B. G. B. a définitivement rejeté l'animus domini, du moins lorsqu'il s'agit de définir la possession (108). En fait, les thèses subjectives étaient difficilement conciliables avec la notion même de pouvoir de maîtrise. Mais ensuite, le système allemand s'est gardé de tout excès, en conservant sa place à un animus un peu particulier : la "Besitzwille". Pouvant être définie comme la volonté conforme au pouvoir de maîtrise exercé sur un bien, elle disparaît, à l'image des thèses d'Jhering, dans le corpus. Cela évite de considérer le droit allemand comme un système totalement objectif, selon l'idée que s'en faisait notamment Saleilles. Bien évidemment, il est hors de question de conclure à une identité entre les deux droits sur la base de l'existence dans chacun d'eux d'un élement intentionnel, le contenu de celui-ci n'étant comparable sur aucun point.

Au contraire, en tant que telle, la volonté possessoire du droit allemand n'existe pas ; elle s'intègre au corpus, ce dernier à lui seul réalisant la possession. A l'inverse, l'animus domini ne se confond pas avec le corpus et à ce titre s'en détache comme élément constitutif autonome.

112. - L'opposition entre les systèmes français et allemand dépasse ainsi la seule question de l'élément intentionnel et débouche sur une controverse relative aux éléments constitutifs de la possession. A suivre les thèses d'Jhering, et le B. G. B. qui les a reprises à son compte, la possession se réduit à une seule condition : l'exercice d'un pouvoir de maîtrise. Le corpus renfermant en lui-même l'animus, la possession est prouvée dès que la matérialité du pouvoir de fait est établie. A l'inverse, la preuve du corpus est insuffisante

---

(108) Sur l'animus domini exigé dans le cadre de la prescription acquisitive, cf. infra, n° 328 et s.

chez Savigny et en droit français. Aux actes matériels doit s'ajouter l'animus domini dont l'existence est indépendante et ne se déduit pas du seul corpus. Certes, sa preuve est facilitée par le jeu de la présomption de l'article 2230 du Code civil. Mais en vérité, si l'existence de cette présomption se borne à règler un problème de charge de la preuve, elle ne fait que confirmer la nécessité d'une telle condition. Aussi le droit français est-il conduit, en présence d'actes matériels, à se demander si ces actes s'accompagnent ou non d'un animus domini. Si tel est le cas, la possession est prouvée ; dans l'hypothèse contraire, il s'agit d'une simple détention. Le B. G. B. en revanche, en présence d'un corpus, n'a pas à se poser de telles questions, le pouvoir de maîtrise impliquant à lui seul la réalité de la possession. Les divergences quant aux éléments constitutifs conduisent, ainsi, le droit français à séparer la possession de la détention, alors que cette distinction est devenue étrangère et impossible en droit allemand.

Section II : LA DISTINCTION ENTRE POSSESSION ET DETENTION.

113. - Toutes les divergences au sujet des éléments constitutifs n'ont qu'un intérêt pratique, celui de déterminer si, en présence d'un corpus, il convient, pour caractériser la possession, d'aller plus avant ou s'il est permis de se limiter à la seule apparence matérielle. La première option est celle du droit français qui, dépassant la simple exigence d'actes matériels, recherche l'intention du possesseur. Si ce dernier peut avoir un animus domini, celui-ci colore le corpus et tous deux fondent une possession. Au contraire, lorsque certaines circonstances empêcheront celui qui exerce le corpus d'avoir un animus domini le corroborant, la possession disparaîtra au profit de la détention, précaire puisqu'en principe elle dépendra du bon vouloir de celui qui conservera la réalité du pouvoir de fait. Telle est effectivement la solution consacrée par le droit français, en écho à la thèse subjective. Un point de vue plus objectif permet d'écarter toute distinction : si l'on ne tient compte d'aucune façon de l'animus domini, le détenteur, de par son seul corpus, est un possesseur. Cette thèse,

celle du droit allemand, a évidemment suscité les commentaires intéressés de la doctrine française, le législateur allemand consacrant ce que la loi française refusait. En fait, la controverse est moins théorique que pratique, dans la mesure où son intérêt est de savoir si le détenteur bénéficie ou non de la protection possessoire (109). Mais elle prend toute son importance lorsqu'il s'agit de cerner la notion de possession. Et ce débat n'est pas propre au droit français. Le B. G. B. connaît, en effet, une détention. Mais dès lors que l'animus domini ne peut servir à la caractériser, c'est à un autre critère que la loi allemande a dû songer. Séparer la possession de la détention suppose donc, avant tout, que soient déterminés les critères de distinction (sous-section I) ; et les éléments constitutifs de la possession n'étant pas identiques dans les deux législations, le critère retenu ne pourra être semblable. Mais cette divergence ne s'oppose pas à une certaine unité dans les conséquences de la détention, sauf pour celles qui s'expliquent par le particularisme de la solution allemande (sous-section II).

Sous-section I : Le critère de la détention.

114. - Dans la thèse subjective, et donc par conséquent en droit français, le critère ne peut être que l'animus domini. L'élément psychologique s'ajoutant au corpus pour lui conférer sa nature véritable, s'il fait défaut, il ne saurait plus être question de possession. C'est du moins ainsi que se présentent les opinions les plus traditionnelles (§ 1). A l'inverse, outre-Rhin, l'absence d'animus domini entraîne dans un premier temps la disparition de toute distinction entre possession et détention précaire. Or, le B. G. B. connaît, à sa manière, une détention. Si tel est le cas, ce n'est que parce que, dans certaines circonstances, les actes matériels accomplis par un individu ne correspondent pas à la définition du pouvoir de maîtrise. Le critère de cette détention se situera donc à l'intérieur du corpus (§ 2).

(109) Et sur ce point, un certain rapprochement entre les deux droits s'était déjà opéré avant que la loi du 9 juillet 1975 n'accorde

§ 1 : L'absence d'animus domini, critère de la détention précaire.

115. - L'animus domini ne peut être le critère de la possession que dans un système qui lui accorde la qualité d'élément constitutif autonome. Si tel est le cas du droit français (A), l'on comprend que le système objectif du B. G. B. ait conduit à le rejeter (B).

A) L'absence d'animus domini, critère de la détention française.

116. - La nécessité d'un animus domini a parfois été discutée en doctrine. A lire le Code civil, on peut effectivement hésiter. L'article 2228 du Code civil, en définissant la possession, ne fait aucune allusion à l'exigence d'un élément intentionnel. Surtout, certains termes de la loi sont ambigus. D'une part, elle parle de possession "à titre de propriétaire" (article 2229) ou de possession "pour soi et à titre de propriétaire" (article 2230), d'autre part de possession "pour un autre" (article 2230) ou "pour autrui" (articles 2231 et 2236 alinéa 1). Il était alors tentant de conclure à une conception unitaire mais large de la possession, englobant les possesseurs pour soi et à titre de propriétaire et les possesseurs pour autrui. Ainsi, la possession et la détention n'auraient pas été des notions opposées, elles n'auraient divergé que dans leurs conséquences (110). Pour certains, l'article 2236 alinéa 1, empêchant les détenteurs de prescrire, est particulièrement probant. Pourquoi cette différence, alors que tous deux, détenteur et possesseur, exercent sur un bien des actes matériels comparables ? Est-ce parce que la détention est une possession simplement diminuée ou est-elle exclusive de toute possession ? Ces auteurs choisissent la première hypothèse : l'identité du corpus doit conduire à l'unification de la notion de possession et à ne séparer cette dernière de la détention que sur le terrain de leurs conséquences respectives (111). Si donc l'on s'en tenait au seul corpus, la distinction entre possession et détention s'estomperait.

(110) WEILL, op. cit., n° 375 - SAINT-ALARY, op. cit. (n° 37, note 59), p. 134 - BEUDANT, Cours de droit civil français, T. IV, 1938, par P. VOIRIN, n° 659.

(111) Cf. références citées à la note précédente - RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 116.

Cette argumentation n'a guère convaincu. Tout d'abord, l'on peut se demander à quoi pouvait correspondre une possession "diminuée", puisque non seulement son bénéficiaire ne pouvait prescrire, mais l'article 23 du Code de procédure civile lui fermait également la voie de la protection possessoire. Mais surtout, il convient d'insister sur la rédaction maladroite des textes qui explique à elle seule certaines difficultés d'interprétation. Au fond, le tort de l'article 2228 est de définir la possession par la détention, alors que les articles suivants opposent ces deux notions. Mais en réalité, l'exigence d'un animus domini est sous-jacente à l'article 2228 lui-même : "en effet, il reconnaît la qualité de possesseur à celui qui détient une chose par lui-même ou par un autre qui la tient au nom du possesseur ; c'est dire que tout détenteur n'est pas possesseur" (112). La notion de possesseur pour autrui que consacrent certains articles (2230 et 2231) est repoussée par la loi, dans la mesure où une telle situation est qualifiée de détention précaire (art. 2236 alinéa 2, 2239). Ainsi, le terme de détention, issu de l'article 2228, n'a-t-il pas une signification matérielle. Si un propriétaire loue son bien, il possède par l'intermédiaire du locataire. Lorsque l'article 2236 dit du fermier qu'il possède pour autrui, cela revient à dire que personnellement il ne possède pas (113). Et si tel est le cas, ce n'est pas que le corpus lui fait défaut, mais l'animus domini.

C'est à cette hypothèse que se rattache le droit français. Entre deux actes matériels identiques, l'acte fondant une possession sera celui qui s'accompagne d'un animus domini. A partir du moment où sont exigés deux éléments constitutifs, celui qui veut être possesseur doit pouvoir les réunir sur sa tête. Or, pour le détenteur, il ne saurait en être question. Il s'agit pour lui d'une véritable impossibilité. A partir des situations envisagées par l'article 2236 du Code ci-

---

(112) BEUDANT, ibidem, n° 659.

(113) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n° 194 - SAINT-ALARY, ibidem, p. 134.

vil, il est possible de systématiser la situation du détenteur : à l'origine de son pouvoir sur le bien, il y a un titre impliquant la reconnaissance de la propriété d'autrui. Qu'elle ait son origine dans un contrat ou dans la loi, cette "causa detentionis" légitime le corpus du détenteur, mais l'empêche d'être possesseur parce qu'elle lui interdit d'avoir la volonté de s'affirmer en propriétaire. Le titre valant reconnaissance du droit d'autrui, est en même temps ce qui permet la détention. Loin d'être, comme la possession, une situation de fait, cette dernière se présente comme une situation de droit. Elle permet alors d' "exercer un pouvoir de fait sur une chose, soit avec la permission et pour le compte du propriétaire, soit en vertu d'une habilitation de la loi ou de justice" (114). L'animus domini est inconcevable par ce seul fait, qu'au départ, le détenteur reconnaît cette qualité à un tiers qui seul conservera la possession. Si le rôle de cet élément psychologique a pu être discuté en doctrine, les tribunaux n'ont jamais reconnu la qualité de possesseur à celui dont le corpus s'exerçait en vertu d'un titre (115). Parfois, l'animus domini peut être limité à celui d'un droit réel autre que le droit de propriété ; mais comme le corpus ne s'exerce que sur un bien, le même individu sera alors possesseur et détenteur précaire. L'utilité et la jouissance de la cho-

---

(114) RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2320 - V. également WEILL, op. cit., n° 375 - PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 160, p. 176 - SAINT-ALARY, op. cit. (n° 37, note 59), p. 49.

(115) Civ. 26 juin 1822, S. 1822-1824, p. 101 - Civ. 6 mars 1855, S. 1855. I. 516. - Req. 5 novembre 1867, S.1867.I. 417 - Req. 20 janvier 1879, D. P. 1879.I.152 - Civ. 8 novembre 1880. D. 1881.I.28 - Req. 25 juillet 1887, D. 1889.I.167 - Req. 9 décembre 1895, S. 1897.I.405 - Req. 9 juin 1898.S.1902.I.134 - Req. 12 juillet 1905, D.1907.I.141, rapp.cons.POTIER. Civ. 19 juillet 1926, G.P. 1926.II.635 ; Rev. trim. dr. civ. 1926, 1066, obs. SOLUS. Bordeaux 16 juin 1936, D. H. 1936, 500.

se sont en effet susceptibles d'être fractionnées. Il en est ainsi de l'usufruitier qui possède son droit d'usufruit, mais qui ne peut être que détenteur précaire en ce qui concerne le droit de propriété (116). A l'égard du propriétaire, comme tout détenteur, il ne peut avoir d'animus domini, son titre ruinant toute prétention à ce sujet. Ainsi, ce titre en vertu duquel la détention existe, implique-t-il la reconnaissance de la propriété d'autrui, et les droits dont dispose le détenteur sont issus, non du fait matériel, mais de ce titre. L'animus du détenteur se limite à la volonté d'accomplir les actes qui pourraient faire croire à l'exercice d'un droit réel, non pour lui, mais pour le compte d'autrui (117), ce que Savigny estimait être "l'animus detinendi". Sur ce point, le terme de détention précaire prête à confusion. La détention n'est précaire que parce que le titre obligera un jour le détenteur à restituer le bien. Cette situation est étrangère au "precarium" du droit romain : il s'agissait d'un contrat spécial qui donnait à une personne la pleine jouissance du bien d'autrui, tout en laissant au concédant une faculté absolue de révocation. Le précariste avait une véritable possession protégée par la loi (118).

117. - Bien que fermement établi tant en doctrine qu'en jurisprudence, il ne nous paraît pas évident que le recours au critère subjectif s'impose pour séparer la possession de la détention. L'exigence d'un animus domini se conçoit parfaitement pour la possession à titre de propriété. Or, pendant longtemps, seule une telle possession a été envisagée et aucune dissociation n'existait entre le bien et le droit, puisque le droit de propriété se confond avec son objet.

(116) WEILL, op. cit., n° 377- SAINT-ALARY, ibidem p. 67, dont on peut critiquer l'emploi de l'expression de détenteur partiel qui laisse supposer qu'il peut y avoir deux détenteurs, alors qu'en réalité celui qui possède un droit, autre que le droit de propriété, est seul détenteur précaire du bien - Cf. Req. 12 mars 1888, D.P. 1888.1.404 - Civ. 1 Sect. civ., 13 février 1963, D.1964, S, 2.

(117) SAINT - ALARY, op. cit. (n° 37, note 59), p. 48.

(118) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 153, p. 175 - RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2320-OURLIAC, op. cit. (n° 7, note 4), p. 217. Le sens du droit romain se retrouve dans les concessions de jouissance sur un immeuble dépendant du domaine public.

Il était donc tout à fait légitime de refuser à celui qui détient précairement le droit de prescrire. L'exigence d'un animus domini à titre d'élément constitutif de la possession s'explique donc, avant tout, par les rapports étroits unissant la possession et la propriété. Ces liens privilégiés empêchent qu'un même bien puisse être possédé au même titre par deux personnes, hormis les hypothèses d'indivision (119). Mais s'en tenir à cet aspect des choses, c'est oublier que la possession a connu une certaine évolution et que l'on s'est rendu compte qu'en réalité, ce qui est possédé, c'est moins la chose que le droit sur cette chose. Cela n'apporte guère de changement quant au droit de propriété. Mais il s'en est suivi une certaine extension de la possession qui a permis d'admettre la quasi-possession (120). Cette évolution s'est accompagnée d'une dissociation entre la possession d'une chose et celle d'un droit, puisque sauf le droit de propriété, tout autre droit réel ne se confond pas avec le bien sur lequel il s'exerce. S'agissant de la possession des droits réels autres que le droit de propriété, cette dissociation, on a pu le constater (121), parvient à une sorte de dédoublement, l'individu étant en même temps détenteur précaire quant au bien et possesseur quant au droit qu'il exerce sur ce bien.

N'est-ce pas le cas pour tout détenteur précaire qui ne le serait qu'à l'égard du bien, mais non vis-à-vis de son droit ? Ce serait, en réalité, admettre que la possession puisse concerner un droit personnel, un droit de créance. Or, le droit français ne saurait envisager pareille solution. Le pouvoir de fait ne doit être compris que comme réalisant une emprise sur la chose. Même en admettant la quasi-possession, le corpus demeure un pouvoir direct sur une chose, alors que le

---

(119) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n° 206.
(120) Cf. supra, n° 34.
(121) Cf. supra, n° 116.

droit de créance est dirigé contre une personne. Ainsi, pour le détenteur, même si aux yeux des tiers son corpus apparaît comme identique à celui d'un possesseur, la chose n'est que le moyen d'exercer son droit contre une autre personne (122). Si l'on admet que l'animus est la volonté chez le possesseur d'agir comme il le fait parce qu'il se veut titulaire du droit auquel correspondent normalement ses actes matériels, il faut reconnaître que pour un droit personnel, l'animus ne peut concerner une relation entre une personne et une chose. Se comporter comme si l'on avait un droit personnel implique seulement une relation entre deux personnes. Certes, le détenteur jouit du bien, le tient d'une certaine manière sous sa puissance, mais il ne saurait avoir l'intention de le soumettre à un droit réel (123). Donc, point n'est même besoin, nous semble-t-il, de prendre en considération l'animus du détenteur et l'on peut se contenter d'un critère plus objectif. Puisque le droit français ne connaît que la possession d'un droit réel, toute autre possession n'en est pas une. L'animus domini n'est qu'un des effets et non la cause de ce parti pris originaire. De la sorte, les divergences entre le droit allemand et le droit français se situent moins au niveau de l'animus que sur le terrain de l'objet de la possession. La solution française est la conséquence d'une conception particulière de la possession et d'une prise de position préalable sur la nature du droit exercé. C'est même "l'un des intérêts de la controverse sur la nature juridique du droit du preneur", souligne M. Derruppé (124). Par conséquent, si l'on estime, à la suite de ce dernier, que le preneur est titulaire d'un droit réel, toute difficulté est supprimée ; la possession lui est accordée et lui confère une situation comparable à celle de l'usufruitier (125). En se limitant cependant au droit posi-

---

(122) SAINT-ALARY, op. cit. (n° 37, note 59), p. 48.

(123) AUBRY et RAU, op. cit., § 177, n° 74 - MAZEAUD, op. cit., n° 1410.

(124) La nature juridique du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance, 1952, n° 140, p. 169.

(125) DERRUPPE, ibidem, n° 273, p. 313.

tif français, et malgré les arguments qui militent en faveur de la reconnaissance d'un droit réel (126), nous croyons pouvoir maintenir notre solution fondée sur la nature personnelle du droit du preneur, excluant ainsi celui-ci de la possession par le seul objet de son corpus. Cette situation rend inconcevable une possession du détenteur et, sur ce point, la loi du 9 juillet 1975 n'apporte aucune modification (127). Certes, en accordant la protection possessoire au détenteur précaire, elle supprime l'un des intérêts majeurs de la distinction ; mais elle ne lui reconnaît pas, pour autant, la qualité de possesseur (articles 2282 et 2283 du Code civil). La détention précaire continue d'exister en droit français, et à notre avis, elle se distingue plus par son objet que par l'absence d'animus domini chez le détenteur, cette absence étant la conséquence et non la cause du défaut d'existence d'un droit réel. Toutefois, reconnaissons-le, le choix d'un critère objectif laisse intact le problème de la preuve de la détention, l'exercice d'un droit personnel n'étant guère plus apparent, aux yeux des tiers, que le défaut d'animus domini.

118. - Pour résoudre les difficultés de preuve, la loi française connaît deux présomptions dont l'une conforte la possession "animo domini" et l'autre la détention précaire. L'article 2230 du Code civil commence par affirmer que "l'on est toujours présumé posséder pour soi, et à titre de propriétaire, s'il n'est prouvé qu'on a commencé à posséder pour un autre". Tout dépend donc de la manière dont

---

(126) Cf. Mazeaud, op. cit., T. III, 2e vol., n° 1066 - ABERKANE, Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'obligation "propter rem" en droit positif français, 1957 - GINOSSAR, Droit réel, propriété et créance, 1960.

(127) Cf. supra, n° 14, note 15.

débute la possession : "quand on a commencé à posséder pour autrui, on est toujours présumé posséder au même titre, s'il n'y a preuve du contraire" ajoute l'article 2231. De la combinaison de ces deux dispositions, il résulte, d'une part, que seule la possession se présume et que, d'autre part, la situation du détenteur est en principe immuable. C'est donc à celui qui veut démontrer l'absence de possession, de prouver qu'il y a simplement détention précaire, alors que c'est le détenteur précaire qui aura la charge de la preuve, s'il veut se prétendre possesseur animo domini. Dans la première hypothèse, la possession étant présumée, celui qui s'en prévaut se contente de l'invoquer : "il n'est pas nécessaire de justifier d'un titre de propriété, il suffit de n'avoir pas reçu la chose à titre précaire" (128). C'est à son adversaire que reviendra la tâche de renverser cette présomption, le mode de preuve étant fonction de la nature du titre invoqué pour établir la précarité (129). S'agissant, cette fois, du détenteur précaire, il aura, s'il veut renverser la présomption de l'article 2231, à mettre en évidence l'interversion de titre prévue par l'article 2238. Cette exigence suscite quelques difficultés. La transformation du titre de détention en titre de possession ne peut, tout d'abord, être le fait de la seule volonté du détenteur, l'article 2240 du Code civil précisant "qu'on ne peut pas prescrire contre son titre, en ce sens que l'on ne peut point se changer soi-même la cause et le principe de sa possession". L'interversion du titre ne se réalise pas non plus avec le décès du détenteur puisque la précarité passe, aux termes de l'article 2237, aux héritiers. Seules demeurent offertes les deux possibilités de l'article 2238. Ainsi, l'interversion du titre peut, en premier lieu, se réaliser par l'intervention d'un tiers. On suppose que le preneur d'un immeuble s'en rende acquéreur au cours du bail, mais qu'il traite, non pas avec le véritable propriétaire, mais avec un tiers. Ce faisant, il acquiert la

---

(128) Civ. 26 août 1884, S. 1886.1.165.

(129) V. preuve de la précarité par la preuve d'un bail : Toulouse 13 décembre 1937, G. P. 1938.1.425. Rev. trim. dr. civ. 1938, 266, obs. G. MARTY.

(130) PLANIOL et RIPERT, op. cit. n° 166, p. 179.

possession, son titre se trouvant interverti par cette opération (130). Cependant, le changement du titre doit s'acompagner d'une modification dans le comportement extérieur du détenteur qui manifestera ainsi sa volonté d'exercer ses nouvelles prérogatives. Mais le plus fréquemment, l'interversion du titre aura pour origine la contradiction qu'opposera le détenteur au droit du propriétaire ; c'est là la deuxième solution proposée par l'article 2238 (131). Elle suppose que s'élève entre le propriétaire et le détenteur un conflit sur la question de propriété. Il en résultera, non pas un titre nouveau, mais une possession sans titre. C'est aux tribunaux qu'est revenue la charge de préciser la notion de contradiction. Ils exigent que cette dernière se traduise, non pas par "une simple intention, mais (par) un fait matériel, patent, connu du propriétaire et de manière à le mettre en demeure de faire valoir ses droits" (132). Par cette définition, se trouvent naturellement écartés les actes qui consistent simplement en des faits de jouissance sur un bien, et qui, même abusifs, ne remettent pas en cause les droits du propriétaire (133). D'une manière générale, l'étude de la jurisprudence fait ressortir une certaine sévérité, voire

---

(131) Sur la nécessité d'une véritable contradiction apportée au droit du propriétaire : Civ. 11 mars 1873, S.1874.1.83. - Req. 30 juin 1874.S.1877.1.485 - Paris 25 mars 1851, S. 1851.2.276 - Civ. 19 février 1889, D. 1889.1.347 - Rouen 18 juillet 1949, D. 1952, 9, note A. LEBRUN - Civ. 1°, 15 février 1965, D. 1965, J, 352 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, 667 obs. BREDIN - Civ. 3°, 7 octobre 1975, J. C. P. 1975, IV, 350.

(132) Req. 28 décembre 1857, S.1858.1.41 - Bourges 25 décembre 1861, D. P. 1863.2.59.

(133) Req. 26 avril 1876, S. 1877.1.304 - Pau 9 mai 1892, D.1893.2.55 - Civ. 3°, 28 février 1972, Bul. civ. III, n° 634, p. 467.

une nette réticence à admettre l'interversion du titre (134).

Cette attitude favorise évidemment la possession animo domini en restreignant les cas où un détenteur pourra se la voir attribuer. En privilégiant l'animus domini, les règles de preuve ne font que ressortir le rôle prépondérant qui lui revient dans le système du droit français, même si cette place a pu, nous semble-t-il, être controversée.

B) Le refus allemand de recourir au critère de l'animus domini.

119. - Sachant qu'en droit allemand l'animus s'incorpore au corpus, il n'est pas difficile d'imaginer qu'il ne peut avoir la même portée qu'en droit français. En réalité, et c'est certainement l'aspect le plus connu du B. G. B., il n'y a plus aucune raison de distinguer la possession et la détention précaire, toutes deux se manifestant par un corpus identique, à lui seul suffisant pour constituer la

---

(134) Ainsi ne constituent pas une interversion de titre : la reddition de compte par le tuteur : Orléans, 31 décembre 1852, D. P. 1854.2.128. Pau 9 février 1857, DP 1857.2.81; Les actes introductifs d'instance : Req. 3 février 1857, D.P. 1857.1.357 ; la déclaration de propriété faite dans un inventaire de succession : Req. 14 novembre 1871, D.P.1871.1.345 ; l'acte de partage : Req. 19 février 1873, D.P.1873.1.200 ; l'usucapion demandé par un copropriétaire : 1° civ. 13 févr. 1968, Bull. civ. I, n° 60, p. 47. Sur l'interversion du titre qu'auraient réalisée les lois du 28 août 1792 et du 10 juin 1793 au profit des communes exerçant certains droits sur les terres vaines et vagues, Cf. RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 89.

possession. Tout au plus, les auteurs signalent-ils que la notion de détention précaire est appelée à jouer un rôle en droit pénal où il semble qu'elle serve à désigner le gardien d'une chose, celui qui a sur elle la "Gewahrsam", notion originale qui ne peut être assimilée aux concepts civilistes de possession ou de détention (135).

La cause semble donc entendue : le droit allemand ignore la détention précaire ; tous ceux qui dans le Code civil sont dits détenteurs précaires sont possesseurs Outre-Rhin. Mais, a-t-on pour autant écarté définitivement l'idée de détention, à l'image du droit suisse (§ 919 et s. du Code civil suisse)? En fait il n'en est rien.

120. - Le B. G. B. consacre la réalité d'une détention qui, certes, ne correspond plus à la détention précaire du droit français, mais qui démontre que tout individu exerçant un corpus n'est pas forcément possesseur, qu'il peut s'agir d'un détenteur que le droit allemand désigne par l'expression de "Besitzdiener" (au sens littéral : serviteur de la possession, que l'on peut rendre par le terme de détenteur subordonné ; § 855 du B. G. B.). Certaines circonstances feront que l'on sera en présence d'une "Besitzdienerschaft" (détention subordonnée). Comment la définir, autrement dit quel est son critère ?

On aurait pu songer à s'inspirer du système d'Jhering. Sa thèse objective n'ignore pas l'existence d'une détention. Simplement, celle-ci ne doit pas être recherchée dans l'absence d'animus domini. Tout rapport de fait, selon cet auteur, est en principe une possession ; il se peut, pourtant, que dans certains cas la loi enlève les effets de la possession, bien que les conditions légales en soient réunies.

---

(135) R. G. R. - Kom. op. cit., § 854, anm. 5 - WESTERMANN op. cit., § 8,1 - HECK, op. cit., § 9, V - SOERGEL, op. cit. Rem. prélim. § 854, 10 - BAUR, op. cit., § 7, B, II, p. 50 - Cf. supra, n° 51 et s.

La "causa detentionis" ne peut ainsi qu'être une disposition légale, exceptionnelle. Concrètement, lorsque l'on sera en présence d'un corpus, la possession sera présumée jusqu'à la preuve de l'existence d'une "causa detentionis" (136). De cette manière, la détention ne remet pas en cause l'animus du possesseur qui demeure confondu avec le corpus, mais elle a sa source en dehors du rapport possessoire (137). Mais cette explication n'offre pas la possibilité de rendre compte du droit positif allemand.

Les hypothèses d'Jhering sont celles où précisément le B. G. B. a renoncé à toute distinction. La preuve d'un titre ne fait en aucun cas obstacle à ce que la personne concernée soit véritablement possesseur. Le législateur allemand n'a donc pas repris la théorie objective dans son entier et les cas visés par le § 855 ne sont pas de ceux qui s'expliquent par une disposition légale. Force est donc de rechercher un autre critère. Or, à partir du moment où la possession est réduite à un seul élément, le corpus, si elle disparaît au profit de la détention, ce ne peut être que parce que le corpus exigé par le § 854 alinéa 1 fait défaut. L'élément matériel devient ainsi le critère de distinction de la possession et de la détention subordonnée.

§ 2 : Le Corpus, critère de la détention subordonnée.

121. - Comme en droit français, la distinction entre la possession et la détention concerne la différenciation de deux corpus identiques. On a pu constater que le critère du Code civil se situe à l'extérieur du rapport possessoire, dans un élément psychologique qui confère à l'élément matériel sa qualification définitive.

---

(136) "Das Besitzverhältnis ist stets Besitz, soweit nicht das Gesetz ausnahmsweise Detention eintreten lässt", JHERING, op. cit. (n° 103, note 76), p. 18.

(137) Ainsi selon le fameux exemple si a est l'animus, c, le corpus, et n le titre qui empêche de prescrire et oblige à restituer, selon JHERING, la possession = a+c, la détention = a+c-n ; op. cit. p. 53-CARBONNIER, op. cit., n° 45, p. 153.

En droit allemand, seul le corpus peut faire la différence, selon la règle posée par le § 855 du B. G. B. ; "Si une personne exerce le pouvoir de fait sur une chose au profit d'autrui à raison de l'office qu'elle remplit dans le ménage, ou de l'activité rémunératrice, ou en vertu de tout autre rapport analogue, qui l'oblige à se conformer aux instructions reçues du tiers, seul ce dernier a la qualité de possesseur". A s'en tenir cependant aux seules apparences, il faudrait, dans les exemples donnés par la loi, conclure à l'existence d'un pouvoir de maîtrise, seule condition de la possession allemande.

Comment, puisque le texte choisit une solution contraire, le situer, par rapport au § 854 ? Faut-il y voir une application particulière plutôt qu'une exception ? L'intérêt du débat se réduit à une question de preuve. Celui qui se prétend possesseur doit-il pouver non seulement son pouvoir de fait, mais aussi l'inexistence des conditions du § 855, ou peut-il se contenter d'invoquer son seul corpus ? Si l'on voit dans la détention une situation exceptionnelle, c'est à cette deuxième alternative que l'on se ralliera et ce, semble-t-il, avec raison (138). Pourtant, certains auteurs présentent le § 855 comme un simple cas particulier de l'exercice du pouvoir de fait. En réalité, cette présentation n'est qu'une manière d'insister sur l'originalité des situations qu'il envisage. Le possesseur, comme le détenteur, exerce un pouvoir de fait ; de ce point de vue, rien ne les distingue. Les divergences n'apparaissent que dans le contenu et les particularités d'un tel corpus (139).

La détention subordonnée suppose, en effet, une maîtrise de fait qui ne soit pas suffisamment indépendante pour constituer aux yeux des tiers une véritable "Gewalt". Si elle fait défaut, il n'y a plus qu'un détenteur subordonné ("Besitzdiener") (140). Quels sont alors les traits d'un tel corpus, permettant de cerner la notion de détention subordonnée ("Besitzdienerschaft") (A) et de la distinguer

(138) CORNIL, op. cit. (n° 107, note 91), p. 142.

(139) STAUDINGER, op. cit., § 855, n° 2.

(140) L'expression est de BEKKER : "Der Besitz beweglicher Sachen" Dogm. J. 34. p. 1, p. 42.

de situations voisines (B) ?

A) Définition du corpus subordonné.

122. - Le corpus du droit allemand a été défini par l'exercice du pouvoir de maîtrise (141). Et ce pouvoir est établi s'il apparaît comme tel aux yeux des tiers, ceux-ci formant "l'opinion commune", seule apte à façonner le contenu du corpus. Va-t-on, là aussi, recourir à l'opinion des tiers et considérer que le corpus n'est indépendant que si les tiers en jugent ainsi ? Si tel est le cas, le corpus, pour caractériser une détention subordonnée, devra apparaître extérieurement comme réalisant l'instrument de la possession d'un tiers à raison d'un lien de dépendance (1°) et par conséquent comme engendrant une possession pour autrui (2°).

1°) Le lien de dépendance.

123. - Le corpus du "Besitzdiener" ne conduit pas à la possession, parce qu'il ne traduit pas un comportement indépendant de celui-ci. Si le détenteur exerce effectivement un pouvoir de fait, c'est sous la direction et le contrôle de celui qui seul conserve la qualité de possesseur, celui que l'on désigne par le terme de "Besitzherr" (maître de la possession).

A partir de quel moment peut-on affirmer que le détenteur est obligé de se conformer aux instructions de "Besitzherr" ? Quelle est la circonstance qui empêche son corpus de réaliser une maîtrise indépendante sur un bien et donc de constituer un pouvoir de fait au sens du § 854 alinéa 1 ? Le § 855 en offre deux exemples. Le premier vise le personnel de maison : son pouvoir sur un certain nombre d'objets ne s'explique pas par un intérêt personnel, mais par les rapports qui l'unissent au maître de maison. Dans son activité et dans ses

(141) Cf. supra, n° 89 et s.

rapports de fait, le personnel de maison dépend très étroitement des consignes du "Besitzherr". Le corpus qu'il exerce ne pourra jamais apparaître comme une maîtrise effective, tout un chacun pouvant se rendre compte qu'il n'est que l'instrument de la seule possession du "Besitzherr". Puis le domaine de la "Besitzdienerschaft" est élargi par le § 855 à tout rapport issu d'une activité rémunérée. C'est ouvrir largement les situations où le corpus ne pourra traduire qu'une détention subordonnée et les exemples ne manquent pas (142). Cependant, la loi ne s'est pas contentée d'envisager ces deux hypothèses. A l'activité rémunérée et à la situation du personnel de maison, elle a assimilé "tout autre rapport analogue". Il devient ainsi nécessaire de dépasser la lettre du § 855, pour tenter de cerner, de façon plus précise, le rapport de "Besitzdienerschaft".

124. - Pour découvrir l'élément matériel de la détention subordonnée , l'on peut , tout d'abord, songer à se limiter à l'examen du seul rapport d'utilisation. N'est-ce pas parce qu'il ne remplit pas les conditions du § 854, alinéa 1, que la possession fait défaut ? Le critère serait alors d'ordre économique. C'est bien l'avis de Saleilles, lorsqu'il se penche sur le § 855 et qu'il y voit une confirmation supplémentaire de sa thèse. A ses yeux, les règles de la détention subordonnée démontrent que la possession allemande est un rapport d'appropriation économique, car dès que l'indépendance économique fait défaut, il n'y a plus de possession (143). Ainsi a-t-on pu souligner à propos des domestiques que "la raison pour laquelle ces individus n'ont pas possession ne réside pas dans leur qualité d'employé ou de domestique, c'est-à-dire dans leur état de dépendance sociale, mais dans le rapport d'utilisation de la chose qui se relie pour eux à cette qualité" (144).

---

(142) STAUDINGER, op. cit., § 855, 5 - R. G. 11 novemtre 1932, R.G.Z. 138, 265 (270) qui qualifie de Besitzdiener tous les employés - V. également : R.G. 18 novembre 1919, R.G.Z. 97,166 - B.G.H. 27 novembre 1952, B.G.H.Z. 8, 130.

(143) SALEILLES, op. cit., (n° 9, note 10) p. 604

(144) SAINT-ALARY, op. cit. (n° 37, note 59), p. 116.

Est donc seule déterminante, l'indépendance manifestée à l'occasion de l'utilisation de la chose.

Cette analyse nous paraît condamnable à deux points de vue. Tout d'abord, dans les situations envisagées par la loi, il est certain que le trait fondamental est l'existence d'un lien de dépendance entre le "Besitzdiener" et le "Besitzherr". Ce rapport "hiérarchisé" enlève au corpus sa signification propre, pour ne laisser subsister qu'un pouvoir matériel totalement dépendant. L'origine de la détention ne se trouve donc pas tant dans le seul rapport d'utilisation, mais dans la situation du détenteur vis à vis du "Besitzherr". Ce faisant, on opère un glissement dans le choix du critère de la détention subordonnée. Contrairement aux apparences, ce n'est pas le corpus en lui-même qui traduit la détention, mais le rapport entre le détenteur et le possesseur qui est à son origine et dans lequel il s'insère. Ensuite, il ne s'agit pas d'un lien de dépendance à caractère économique (145). Si telle est la solution, c'est qu'en réalité la "Besitzdienerschaft" doit se traduire par un lien de dépendance sociale qui engendre un lien de subordination du "Besitzdiener" envers le "Besitzherr" ("ein soziales Abhängigkeitsverhältnis").

125. - Comment qualifier ce rapport de subordination ? Il doit offrir la possibilité au possesseur d'exercer le corpus par l'intermédiaire d'un tiers qui se verra obligé de se conformer aux instructions reçues. Dans cette mesure, le détenteur n'est que l'instrument de la possession du "Besitzherr". Son pouvoir est en fait une partie de celui du possesseur et ce n'est pas l'exercice du pouvoir de maîtrise par le détenteur qui limite celui du possesseur, mais bien au contraire, c'est le pouvoir de ce dernier qui englobe celui du "Besitzdiener". Le corpus existe, mais il n'appartient pas au détenteur subordonné,

---

(145) STAUDINGER, op. cit., § 855, 6 - PALANDT, op. cit., § 855, 1 - R.G. 4 octobre 1939, R. G. Z. 168,8.

il est un outil au profit de la possession du "Besitzherr". Cette condition, la nécessité d'un lien de subordination qualifiant le pouvoir de maîtrise, se comprend d'autant mieux que le détenteur n'est pas le seul à exercer un pouvoir de maîtrise pour autrui : tel est également le cas du détenteur précaire à qui le droit allemand reconnaît la qualité de possesseur, et dont la situation n'est guère comparable grâce à ce critère. Dès lors, l'unanimité de la doctrine à souligner l'importance de ce critère social se conçoit aisément (146). La position de la jurisprudence confirme cette interprétation. Ainsi, une jeune fille employée par sa mère dans un commerce de bijouterie est-elle incontestablement "Besitzdienerin", et cette qualité ne disparaît pas du seul fait qu'elle se déplace auprès d'un éventuel acheteur. Sa mère demeure seule possesseur des bijoux. C'est dire que la "Besitzdienerschaft" ne suppose pas un contact matériel direct de la part du "Besitzherr" ; il suffit que le lien de subordination permette à ce dernier d'exercer le corpus par l'intermédiaire du détenteur subordonné (147).

---

(146) STAUDINGER, ibidem, § 855,3 - PALANDT, ibidem, § 855, 1 - BAUR, op. cit., p. 57 - WOLFF-RAISER, op. cit., p. 26 - SÖERGEL, op. cit., § 855, n° 3 - WESTERMANN, op. cit., § 10, II, 1 - LENT, op. cit., § 6,I, qui désigne la détention subordonnée comme étant "ein soziales Abhängigkeits-und Unterordnungsverhältnis." - HECK, op. cit., § 7 qui lui emploie l'expression de "Dienergewahrsam" - STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 5 - WEIMAR : "Gutgläubiger Erwerb vom und Leistungen an den Besitzdiener" M.D.R. 1971, 24 - OBSTFELDER (von) "Zur Besitzausübung durch Treuhänder beim Warenbombardverkehr", Z.H.K. 56, 136.

(147) R. G. 18 mai 1909, R.G.Z. 71, 248 - B.G.H. 24 avril 1952, L.M. 2 zu § 1006 ; F.Z.I, § 855 (A 24) - B. G. H. 30 mai 1958, B.G.H.Z. 27, 363 - O.L.G. Schleswig 4 juillet 1967, F.Z. XV, n° 2736 - L. G. Mannheim 23 mars 1973, M. D. R. 1973, 764.

126. - Cependant, il demeure une difficulté : dans quelles circonstances le corpus est-il soumis à un lien de subordination ? Les hypothèses sont des plus variées et leur qualification ressort du pouvoir d'appréciation des tribunaux. D'une manière générale, et par analogie avec les exemples du § 855, on peut estimer que les conditions d'une "Besitzdienerschaft" sont remplies entre les personnes unies par un contrat de travail dont le propre est d'introduire dans leur relation un lien de subordination (148). Mais aucun principe directeur ne peut se déduire de ces solutions. L'existence d'un contrat, notamment du contrat de louage de service, permet au contraire de passer parfois d'une notion à l'autre, celui qui exerce le corpus pouvant être, tantôt détenteur subordonné, tantôt possesseur. Dans de telles hypothèses, tout dépend de la nature du pouvoir exercé par celui qui bénéficie du service. Si ce pouvoir exclut toute liberté d'action de la part du co-contractant, celui-ci ne saurait être que "Besitzdiener". En revanche, dès qu'il conserve une certaine initiative personnelle, le lien de subordination fait défaut et la détention se transforme en possession. Ainsi, celui qui, enfermé dans un lien contractuel, est au départ détenteur subordonné, peut, si les circonstances lui permettent de s'écarter des directives reçues, devenir possesseur. C'est ainsi qu'en mars 1945, un voiturier fut envoyé de Prusse orientale vers l'Ouest afin de sauver les chevaux de son maître. Ce voiturier fut dans l'impossibilité de prendre la route initiale prévue et se vit contraint de vendre les chevaux, faute de pouvoir les nourrir. Pouvait-on lui reprocher d'avoir, en agissant de la sorte, détourné les chevaux ? Tel aurait été le cas, s'il avait agi en tant que "Besitzdiener". Or c'est précisément ce qui ne fut pas admis en l'espèce. Les juges estimèrent que la mission confiée au voiturier comprenait trop de risques pour qu'il puisse encore être considéré comme un simple instrument de la posses-

---

(148) Cf. décisions citées supra, note 142. V. également : B.G.H. 13 mai 1955, B.G.H.Z. 17, 223, (228). - L. Arb. G. (Landesarbeitsgericht) Düsseldorf 2 septembre 1971, F.Z. XVII n° 2547.

sion de son "Besitzherr" (149). En fait dès qu'un individu agit dans son propre intérêt, en supportant les risques de l'opération, il ne peut plus être "Besitzdiener" (150).

---

(149) O. L. G. Bamberg, 23 mars 1949, N. J. W. 1949, 716 - Le réparateur d'un objet n'est pas Besitzdiener : O. L. G. Marienwerder 28 mai 1907, O. L. G. 15, 358.

(150) R. G. 14 décembre 1909 R. G. Z. 72, 281 (285). De cette manière peuvent être résolues les difficultés à propos de certains contrats, comme le mandat. En principe, le mandataire n'est pas Besitzdiener ; il y a, en fait, incompatibilité entre la détention et le mandat qui suppose une certaine liberté d'action : STAUDINGER, op. cit., § 855, n° 6, a - R. G. 5 mai 1936, J. W. 1936, 2453 note W. SIEBERT ; contra, mais dans une hypothèse où il s'agissait d'un Besitzdiener qui avait eu le droit d'accomplir certains actes et où il a été décidé que ce mandat entrait dans le cadre des directives du Besitzherr : R. G. 18 mai 1909 précité, note 147. Pour les administrateurs de société, la réponse est fonction de leurs pouvoirs personnels : B. G. H. 7 juillet 1960, F. Z. VII, n° 5827 qui les considère comme des Besitzdiener. En ce qui concerne les époux, la loi du 1er avril 1953 interdit de les considérer comme Besitzdiener l'un à l'égard de l'autre : STAUDINGER, ibidem, § 855, n° 6, b.

Toutes ces observations se heurtent pourtant à une objection. L'on sait que le contenu du pouvoir de maîtrise est défini par la "conscience sociale". Constitue un pouvoir de domination ce qui apparaît comme tel aux yeux des tiers. Comment ceux-ci peuvent-ils se rendre compte qu'ils sont face à une "Besitzdienerschaft" ? C'est peut-être là mal poser le problème. Ce dont les tiers doivent s'apercevoir, c'est que le corpus ne correspond pas à celui du § 854 alinéa 1. La détention subordonnée n'est pas une situation qui s'extériorise en tant que telle. On ne peut dire qu'un tel est "Besitzdiener" d'un autre, on peut seulement affirmer qu'il est "Besitzdiener" d'une chose appartenant à un tiers. C'est de cette dernière situation dont les tiers doivent se rendre compte (151). Mais n'est-ce pas alors recourir à un critère qui ne serait rien d'autre que la situation juridique et non plus le lien de dépendance ? Ce serait aller dans le sens des conceptions d'Jhering et remettre en honneur la "causa detentionis" : le B.G.B. a-t-il rompu avec le système romain de la distinction entre possession et détention ou n'a-t-il pas plutôt développé ce système en restant sur le même terrain et en accentuant davantage le caractère exceptionnel de la détention" (152) ? En réalité, les points de vues sont différents. La loi allemande a effectivement appliqué le système romain, mais en réduisant sensiblement le domaine de la détention. Dans l'esprit des partisans de la "causa detentionis", la détention se déduisait de la nature même de certaines relations juridiques à la suite desquelles le rapport possessoire s'établissait ; il en était ainsi à la suite d'un dépôt, d'un louage ou d'un commodat. Dans le B.G.B., de telles situations engendrent, à l'heure actuelle, une véritable possession. Si donc, dans les deux cas, le critère de la distinction est donné par la dépendance, il s'agit en droit romain de la dépendance juridique, alors que le législateur allemand a opté pour une dépendance résultant des seules conditions de fait, étant entendu que certains

---

(151) THOMA, op. cit. (n° 108, note 96), p. 53.

(152) CORNIL, op. cit. (n° 107, note 91), p. 144.

rapports juridiques ne sont pas étrangers à la création d'une telle dépendance. A nos yeux, le lien de subordination représente le seul critère apte à définir le lien de dépendance, et par là-même, à qualifier une situation donnée de détention subordonnée. Le corpus à lui seul est insuffisant ; il convient de recourir à la situation qui l'engendre, non pour ce qu'elle est réellement et juridiquement, mais pour le lien de subordination qui en découle.

127. - Ce rapport de subordination s'impose-t-il au "Besitzdiener" ? De fait, la détention subordonnée est une situation objective que le détenteur ne peut modifier à son gré. C'est dire que sa volonté n'y joue aucun rôle. Il n'y a pas, à proprement parler, d'élément intentionnel du côté du détenteur. Les circonstances qui entrainent un lien de subordination s'imposent à lui, sans qu'il puisse y échapper (153). Plus particulièrement, le détenteur n'a pas la volonté d'un "Fremdbesitzer" (volonté de posséder pour autrui) qui est réservé au détenteur précaire, celui-ci ayant en droit allemand la qualité de possesseur (154). Certes, la situation peut être rapprochée de celle du droit français où la volonté est également impuissante à renverser la situation. Mais, du moins, le détenteur peut-il user des possibilités offertes par l'article 2228 du Code civil (155), et tenter objectivement de transformer sa détention en possession. Dans le système du B.G.B., la situation est à la fois plus simple et plus rigide. La volonté n'intervenant pas, elle n'est d'aucun recours pour le détenteur. C'est au lien de dépendance, issu du rapport de subordination, qu'il faut s'attaquer. La détention se changera en possession lorsque les conditions du rapport de dépendance se seront modifiées. Dès qu'elles offriront au détenteur une certaine indépendance, la possession se substituera à la détention. Mais

---

(153) STAUDINGER, ibidem, § 855,8 - PALANDT, op. cit., § 855, 2.

(154) Contra et à tort : MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 16, p. 24 - WEILL, op. cit., n° 371.

(155) Cf. supra, n° 118.

le détenteur n'a pas de prise directe sur cette transformation.

Ainsi, le lien de dépendance est-il caractérisé uniquement dans sa matérialité par un rapport de subordination, auquel demeure étrangère la volonté du détenteur. Ce rapport conduit alors à envisager la situation du détenteur sous l'angle d'une possession pour autrui.

2°) La possession pour autrui.

128. - Conséquence du lien de dépendance, la possession pour autrui traduit l'originalité de la situation du détenteur, du moins lorsque cette conséquence est admise. Certains auteurs font, en effet, de la possession pour autrui un élément constitutif de la détention subordonnée. Partant de la constatation qu'en droit allemand le détenteur est forcément possesseur, Strohal voit dans le § 855 une exception. Celle-ci l'amène à envisager deux types de détention : la détention indépendante qui correspondrait à la détention précaire du droit français, mais où le détenteur est possesseur, et la détention dépendante. Le critère de cette dernière résiderait dans le fait que le "Besitzdiener" exerce le pouvoir de maîtrise pour autrui. L'auteur reconnaît volontiers que ce critère est insuffisant et qu'il est nécessaire de recourir à un deuxième élément, le lien de dépendance (156). Mais, en mettant ainsi sur un pied d'égalité le lien de dépendance et la possession pour autrui, Strohal confond, à notre avis, la cause avec l'effet. La possession pour autrui ne s'explique pas d'elle-même. Elle accompagne le lien de subordination dont elle n'est que la conséquence.

Cette remarque permet d'éviter certaines ambiguïtés qui surgissent lorsqu'il s'agit de préciser la notion de possession pour autrui ? Notons que le terme même de "pouvoir de fait exercé au profit d'autrui" employé par le § 855 prête à confusion. Il ne peut être interprété comme renvoyant à une certaine volonté de la part du détenteur, celle-ci étant totalement inopérante. A la vérité, il s'agit d'une possession exercée dans l'intérêt d'un autre. Le "Besitzdiener" n'use pas

---

(156) STROHAL, op. cit., (n° 108, note 98) p. 4.

d'un pouvoir de maîtrise qui lui est propre, mais d'un pouvoir appartenant à un autre, peu importe qu'il ait la volonté d'agir pour ce dernier (157). De même, la détention subordonnée ne s'explique pas par l'idée d'une possession "corpore alieno" parce que précisément pour que le "Besitzdiener" ne soit pas possesseur, il ne doit pas avoir de corpus. On ne peut donc y voir une application particulière du mécanisme de la représentation. De toute manière, l'on sait que ce qui importe, c'est moins l'origine juridique du lien de subordination que sa manifestation concrète. Ainsi, en cas de représentation, la réalité d'une "Besitzdienerschaft" sera fonction de l'indépendance du représentant dans sa mission.

Toutes ces précisions font ressortir les particularités de la situation du détenteur. Au sens propre il est effectivement "serviteur de la possession", ce que traduit le terme de "Besitzdiener". Cette situation, il la doit, non pas tant au corpus, qu'aux conditions de fait dans lesquelles celui-ci s'exerce. Le lien de dépendance, caractérisé par un rapport de subordination, enlève au pouvoir de maîtrise sa signification propre et l'empêche d'incarner une possession. Le corpus, s'il continue d'exister dans la détention subordonnée, a perdu ce qui en fait un véritable pouvoir de maîtrise, au sens du § 854 alinéa 1.

B) Confrontation du corpus subordonné avec des situations juridiques voisines.

129. - En caractérisant le corpus par un lien de dépendance de nature particulière, parce qu'entraînant une véritable subordination de la part du détenteur, toutes les difficultés n'ont pas été résolues. Et la première surgit en comparant la détention subordonnée et la détention "simple". Certes, les deux situations se différencient

---

(157) STAUDINGER, op. cit. § 855, 8 - LENT, op. cit., § 6- MÜLLER-ERZBACH : "Das Recht des Besitzes aus der vom Gesetz vorausgesetzten Interessen - und Herrschaftslage entwickelt", A.c.P. 142,22.

profondément en ce sens que seul le détenteur "simple" est véritablement possesseur.Mais toutes deux ont des points communs, puisque détenteur subordonné et détenteur "simple" peuvent avoir à répondre de leurs actes, l'un vis à vis du "Besitzherr", l'autre à l'égard du possesseur médiat (158). Il est, ainsi, parfois délicat de distinguer l'un de l'autre, notamment dans certains cas particuliers de mandat, de contrat de dépôt ou de transport. Dans de telles circonstances, la situation du "Besitzdiener" et celle du détenteur "simple", doivent, pourtant, être soigneusement séparées. Seul le premier est directement soumis aux instructions du "Besitzherr". Le détenteur "simple" peut, quant à lui, se contenter d'agir dans le cadre des rapports juridiques qui l'unissent au possesseur médiat ; il n'est tenu par aucun lien de subordination. A l'évidence, c'est donc ce dernier qui se trouve à l'origine de la "Besitzdienerschaft". Mais il n'est pas toujours aisé de le découvrir au sein d'un contrat (159).

La situation du détenteur subordonné doit être précisée à un deuxième point de vue. N'y a-t-il pas, dans certaines circonstances, détention dépendante, sans pour autant que le pouvoir de maîtrise soit exercé pour un autre et sans véritable lien de dépendance ? Traditionnellement on cite à ce propos l'exemple des couverts utilisés par des invités ou des fauteuils occupés dans un théâtre ou un cinéma. On ne saurait effectivement y voir une véritable possession,

---

(158) Cf. supra, n° 125 et s. pour le "Besitzdiener" et infra, n° 136 et s. pour le possesseur médiat.

(159) Les deux situations peuvent coexister : ainsi un bailleur détenait en tant que Besitzdiener les clefs de l'appartement de son locataire absent ; les juges ont cependant estimé que cette détention s'accompagnait de l'obligation de surveiller l'appartement, qu'il en résultait un dédoublement de la possession, rendant le bailleur, possesseur direct : O.L.G. Dresden, 20 mars 1915, O.L.G. 33, 103 - L.G. Mannheim, 23 mars 1973, M.D.R. 1973, 764.

Faut-il, pour autant, conclure à l'existence d'une "Besitzdienerschaft" ? En réalité, il s'agit dans de telles hypothèses d'un simple contact matériel que le droit ne prend pas en compte et qui se situe hors du champ des rapports possessoires (160).

130. - Ainsi délimitée, la détention subordonnée occupe une place relativement étroite en droit allemand, sauf peut-être dans ses deux domaines de prédilection qui sont en fait ceux auxquels le § 855 fait allusion. Son critère, s'il n'est pas constitué directement par le corpus, se rattache étroitement à lui, dans la mesure où ce dernier, enfermé dans un rapport de subordination, n'exprime pas une maîtrise indépendante sur un bien. Le titulaire d'un tel pouvoir doit se contenter d'être l'instrument de la possession d'un autre. La suppression de la distinction entre possession et détention précaire avait le mérite de la simplicité. Il n'est pas sûr que celle-ci se retrouve sur le terrain de la détention subordonnée. Que cette dernière soit qualifiée par un lien de dépendance et une possession pour autrui ne fait en soi aucune difficulté. Celles-ci apparaissent dans la détermination de son contenu. La notion de lien de subordination n'est pas de celles qui sont évidentes et l'on peut, nous semble-t-il, regretter la confusion qu'entraîne sa définition. Dans un système qui se voulait objectif et réaliste, mieux eût valu éliminer toute détention, plutôt que de provoquer un débat aux conclusions hasardeuses.

131. - Animus domini et corpus se trouvent, ainsi, être les critères opposés d'une même situation, connue en droit français comme en droit allemand : la détention. Et dans les deux législations, un certain glissement s'opère dans l'utilisation de ces deux concepts. Le recours à l'animus domini a pu nous paraître superflu ; il n'est que la conséquence d'une situation préexistante : le défaut de droit réel qui seul peut être l'objet d'une possession. De même, la déten-

---

(160) Contra STROHAL, op. cit. (n° 108, note 38), p. 12.

tion subordonnée se distingue, non pas tant par le corpus lui-même, que par la situation de dépendance dans laquelle il s'insère. Mais quelles que soient les altérations apportées à ces deux critères, l'analogie s'arrête là. L'originalité du droit allemand demeure la suppression de la distinction entre la possession et la détention précaire au sens où l'entend le droit français. Cette solution s'imposait logiquement aux rédacteurs du B. G. B., à partir du moment où ils rompaient les liens avec les théories classiques et, d'une certaine façon, avec les conceptions romaines. L'animus domini une fois absente, la détention n'avait plus aucune raison d'être. En réintroduisant une détention, la loi allemande n'opère qu'en apparence une démarche analogue à celle du droit français. En fait, son point de vue est tout autre : il s'agit moins de distinguer deux catégories d'importance relativement égale, la possession et la détention, que de faire échapper à la possession certaines situations en quelque sorte résiduelles.

L'opposition entre les deux détentions n'est pourtant pas absolue : manifeste au niveau des principes, elle s'estompe à l'examen des conséquences.

Sous-section II : La portée de la détention.

132. - Si les situations concernées par la détention précaire et la détention subordonnée se comparent difficilement, il n'empêche que leurs effets sont très proches. Ils se rattachent à la détention elle-même, plus qu'à ses origines (§ 1). Sur un point, cependant, le droit allemand mérite une attention particulière. En renonçant à distinguer la possession et la détention, il s'est vu obliger d'organiser un dédoublement de la possession. En effet, si le détenteur précaire est possesseur, ce n'est pas au détriment du possesseur originaire. Sur un même bien vont donc coexister deux possessions ; celle du détenteur, qualifiée de possession directe et celle de celui qui a cédé la détention, mais qui conserve une possession indirecte (§ 2).

§ 1 : Les effets de la détention communs aux deux législations.

133. - Quelles que soient les conditions qui ont présidé à sa naissance, la détention a comme première conséquence de mettre en cause l'existence de la possession. Le détenteur, subordonné ou précaire, n'est pas possesseur en ce sens que la détention ne constitue pas un simple vice de la possession. L'opinion contraire a été soutenue, le plus souvent en droit français. La lecture de l'article 2229 du Code civil peut, il est vrai, prêter à confusion, puisque le texte n'exige la possession à titre de propriétaire que pour pouvoir prescrire. Il était donc tentant d'en déduire que l'absence d'animus domini n'entrainait qu'un simple vice de la possession. C'est la thèse d'Esmein : "on dit en général et Aubry et Rau disaient eux-mêmes, que la précarité (absence du titre de propriétaire) n'est pas un vice de la possession. En effet, en droit français le simple détenteur n'ayant ni la protection possessoire, ni la faculté d'usucaper qui sont les effets principaux de la possession, on peut dire qu'il n'est pas possesseur. La précarité a cependant les mêmes conséquences que les vices propremens dits... On peut donc avec le Code, ne pas séparer son étude de celle des vices" (161). Il paraît, tout d'abord, étonnant d'assimiler complètement la détention aux autres vices de la possession, l'auteur lui-même prend soin de préciser que s'agissant de la possession de choses corporelles, un tel vice serait absolu, de telle sorte que la possession serait inefficace, non seulement par rapport à celui pour le compte duquel le détenteur possède, mais à l'égard de toute personne indistinctement (162). Or, en règle générale, les vices de la possession sont relatifs (163). D'un autre côté, le vice de précarité

(161) AUBRY et RAU, op. cit., § 180, n° 80, p. 130.

(162) AUBRY et RAU, ibidem, n° 83, p. 133.

(163) Cf. infra, n° 165.

devrait être perpétuel, puisque selon l'article 2236 du Code civil, aucun laps de temps ne peut le faire disparaître, alors qu'un autre vice peut prendre fin. Mais surtout, il nous paraît erroné de raisonner sur le seul terrain de l'article 2229. Rien dans les autres textes relatifs à la détention ne vient confirmer cette interprétation et l'article 2229 n'est, en réalité, qu'une conséquence de la précarité. Certes, on peut regretter la manière dont il a été rédigé (164). De toute façon, cette solution aurait conduit à une conception unitaire de la possession dont seuls certains effets auraient été paralysés par la détention. Or l'on sait que cette conception doit être écartée (165). En droit allemand, la question ne se pose pas sous le même angle. La détention subordonnée existe parce que le corpus ne remplit pas les conditions du § 854 alinéa 1. A partir de ce moment, c'est nécessairement toute la possession qui est remise en cause par la défaillance de l'élément matériel.

134. - Cependant, la détention, tout en mettant en cause l'existence de la possession, n'empêche pas certaines règles possessoires de s'appliquer. Et de ce point de vue, le rapprochement entre le droit français et le droit allemand laisse à penser qu'en réalité les deux systèmes ne sont pas très éloignés l'un de l'autre. Cette convergence se situe à un double niveau. Tout d'abord, elle apparaît lorsque l'on compare la situation du détenteur précaire avec celle de celui qui en Allemagne est possesseur : ainsi en est-il du preneur. L'intérêt essentiel de le considérer comme un possesseur est de lui accorder le bénéfice des actions possessoires. Or, l'on sait que la jurisprudence française était allée dans ce sens et qu'aujourd'hui la

---

(164) BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n° 197-BEUDANT, op. cit. (n° 116, note 110), n° 659.

(165) Cf. supra, n° 116.

loi du 9 juillet 1975 a consacré cette évolution (166). L'analogie peut être poursuivie lorsque l'on sait qu'un preneur, bien que possesseur en droit allemand, se voit pourtant refuser le droit de prescrire, ainsi que le bénéfice de la présomption de propriété (167). N'est-on pas alors tenté d'affirmer que "la querelle Savigny-Jhering, traduite sur le plan du droit positif, est avant tout une querelle de mots" ? (168). Cette affirmation doit être nuancée, car si elle se révèle fort proche des conséquences pratiques de la détention, elle ne rend pas compte des oppositions qui, même en droit positif, se situent au niveau de sa notion.

La protection possessoire fournit un second terrain de rapprochement, si l'on aborde la situation respective du détenteur précaire et du détenteur subordonné. Ce dernier s'est vu, en effet, accorder une certaine protection possessoire, mais par le biais d'une action propre au droit allemand, s'apparentant à la légitime défense (§ 860 et 859 alinéa 1). De la sorte, le détenteur allemand était, avant la loi du 9 juillet 1975, privilégié par rapport au détenteur français. A l'heure actuelle, c'est ce dernier qui peut apparaître avantagé, dans la mesure où toutes les actions possessoires sont à sa disposition.

Dans leurs effets, détention précaire et détention subordonnée sont donc fort proches l'une de l'autre et, en réalité, l'originalité de la comparaison n'apparaît guère qu'en ce qui concerne les solutions propres au droit allemand.

---

(166) Cf. supra, n° 14, note 15, n° 117 et infra, n° 271.
(167) Cf. infra, n° 392 et 402.
(168) RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 13.

§ 2 : Les effets de l'absence de détention précaire en droit allemand : le dédoublement de la possession.

135. - L'attribution de la qualité de possesseur au détenteur précaire est, on a pu le constater, rendu inévitable par la conception allemande du corpus. Mais, en toute logique, cette même conception imposait que seul le détenteur précaire fût possesseur, toute la réalité du pouvoir de maîtrise étant entre ses mains. Cela conduisait à écarter du champ possessoire, celui qui avait cédé sa détention. Les solutions allemandes et françaises auraient été alors strictement symétriques, mais au sens contraire. L'étonnant du B.G.B. est donc qu'il ait prévu dans le § 868 que "lorsque quelqu'un possède une chose à titre d'usufruitier, de créancier gagiste, de preneur à bail ou de locataire, de dépositaire ou en vertu d'un titre analogue, lui donnant droit ou l'obligeant vis à vis d'autrui à posséder temporairement, celui-ci a également la qualité de possesseur (possession médiate)". Ainsi, celui qui n'exerce pas directement le pouvoir de fait, conserve néanmoins une possession indirecte ou médiate (169). Au regard du droit français, il y a un véritable renversement du rapport entre les deux possessions : c'est la possession directe qui engendre une possession médiate, bien que la première dépende de la seconde (170). Ce qui choque, outre-Rhin, c'est que celui qui n'a plus

---

(169) A ce stade, il faut préciser certaines questions de terminologie : le possesseur médiat est désigné par le terme d'Oberbesitzer, le détenteur précaire qui est possesseur se voit appelé Besitzmittler (possesseur intermédiaire) ou unmittelbarer Besitzer (possesseur direct) par opposition au mittelbarer Besitzer (possesseur médiat). Mais couramment lorsque l'on parle du possesseur, on envisage aussi bien le possesseur médiat que le possesseur intermédiaire.

(170) SALEILLES, op. cit. (nº 9, note 10), Rev. crit. 1904, p. 40.

la maîtrise effective du bien puisse continuer à être possesseur. Autrement dit, l'existence même d'une possession médiate paraît contestable. Est-ce, pour autant, un retour au droit romain et un bouleversement du système allemand (171) ? En vérité, le dédoublement de la possession n'est pas chose inconnue au moment de la rédaction du B.G.B. . Son origine est, au contraire, relativement lointaine, puisqu'elle se situe dans le système de la "Gewere" (172). La "Gewere" appartenait à celui qui usait d'un fonds ; ce pouvait être aussi bien le propriétaire, l'usufruitier ou le locataire. Tout bien dont l'usage était juridiquement réparti entre plusieurs individus, faisant alors l'objet d'une double "Gewere". Le dédoublement de la possession répond aux même préoccupations ; cependant il faut noter, d'une part, que le concept de "Gewere" est, pour une grande partie, étranger à la notion allemande de possession et que, d'autre part, il n'existe aucun indice permettant de penser que les auteurs du B.G.B. se soient directement inspirés de la "Gewere" (173). D'un autre côté, la solution du législateur allemand n'apporte aucune dérogation aux principes bien établis qui veulent que sur un même bien, il ne puisse y avoir plusieurs possessions (174). Car ce qui est permis, c'est en fait une possession à des titres différents.

A la vérité, l'institution de la possession médiate s'imposait en droit allemand. L'apport fondamental et novateur du B.G.B. a été de hisser la détention au niveau de la possession. Mais il aurait été difficilement compréhensible d'accorder la qualité de possesseur au preneur, et de la refuser au bailleur. Comment aurait-on pu admettre qu'un bailleur ne fût pas possesseur, alors que lui seul conserve le droit de prescrire, étant le seul à posséder animo domini, même en

---

(171) WENDT, op. cit. (n° 108, note 100), p. 42.

(172) Cf. supra, n° 24.

(173) A.V. BRUNS, op. cit. (n° 24, note 28), p. 37 et 54.

(174) Ce que traduit le brocard "dominium et possessio plurium in solidum non esse potest".

droit allemand (175) ? Les règles de la protection possessoire conduisent à adopter un point de vue identique. Dans un contrat de bail, le preneur, possesseur, en bénéficie. Est-ce une raison pour la refuser au possesseur médiat ? Tous deux n'ont-ils pas un intérêt commun à défendre le bien (176) ? Certes, le § 869 du B.G.B. prévoit que le possesseur médiat peut se défendre au possessoire, mais uniquement lorsque la possession directe est mise en cause. Cependant, il y a là plus qu'un simple indice et la logique doit conduire à admettre l'existence d'une telle possession bien qu'elle puisse, confrontée aux exigences du § 854 alinéa 1, paraître paradoxale.

Cette opinion, imposée par les textes du B.G.B., fait aujourd'hui l'unanimité, et ainsi se trouve fondé le dédoublement de la possession. Ce dédoublement oppose, d'une part, celui qui exerce directement le pouvoir de fait et, d'autre part, celui qui a concédé ce pouvoir. Son origine, aux termes même du § 868 du B.G.B., est un "Rechtsverhältnis" (un rapport de droit). Ce dernier n'est autre que l'acte par lequel une personne délègue à une autre, le possesseur direct, un pouvoir de fait sur un bien, tout en conservant une certaine maîtrise sur ce bien, et par conséquent la possession médiate. L'opération se caractérise par le fait que le transfert du corpus ne s'accompagne pas d'un transfert de possession mais, au contraire, réserve la possession de celui qui est à son origine. Ainsi, les conditions du dédoublement de la possession sont-elles, en réalité, celles de la possession médiate (A), alors que ses effets concernent autant le possesseur médiat que le possesseur direct (B).

---

(175) THOMA, op. cit. (n° 108, note 96), p. 68 - STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 18 et s.

(176) HECK, op. cit., § 5, 8.

A) Les conditions de la possession médiate.

136. - L'originalité du système allemand est d'avoir fondé la possession médiate sur une situation juridique. A première vue, la solution peut paraître paradoxale pour un droit qui, dans le cadre de la possession, se soucie avant tout des circonstances de fait. Mais elle doit être rattachée au courant qui, en Allemange, prône un renforcement des liens contractuels, en accordant au titulaire de simples droits personnels, une protection supplémentaire grâce au mécanisme de la possession . Celle-ci vient donc se greffer sur un lien, la "Besitzmittlungsverhältnis" qui engendre, par la création d'une possession médiate, un dédoublement de la possession (177).

Quels sont les traits caractéristiques d'une telle opération? Les exemples du § 868 du B. G. B. n'offrent pas de difficultés particulières et l'on comprend fort bien que le bailleur ou le nu-propriétaire puisse demeurer possesseur en vertu du contrat de louage ou de constitution d'usufruit. Là où le droit français conserve toute la possession au profit du bailleur ou du nu-propriétaire, la loi allemande scinde la possession entre un possesseur médiat et un possesseur direct. Dans ce dernier cas, la situation ne doit pas être confondue avec celle du Code civil. L'usufruitier français est certes possesseur de son droit, mais non du bien sur lequel s'exerce l'usufruit. A l'opposé, l'usufruitier allemand possède effectivement le bien, tout en ayant au-dessus de lui un possesseur médiat. La situation est plus confuse lorsqu'il s'agit de déterminer les circonstances où une personne possède "en vertu d'un titre analogue" à ceux cités par le § 868 du B. G. B. . Force est de rechercher un critère commun aux situations qu'il envisage. De prime abord, la création d'une possession médiate est un acte nécessairement provisoire, appelé à prendre fin le jour où le possesseur médiat retirera le pouvoir de fait au possesseur direct. Cette échéance peut être déterminée dès le départ ou laissée à l'appréciation de l'"Oberbesitzer".

(177) WESTERMANN, op. cit., § 17, 1. - L'expression "Besitzmittlungsverhältnis" peut se traduire par "relation possessoire intermédiaire".

Aussi a-t-on pu tenter de caractériser les hypothèses du § 868 et celles qui leur sont analogues, en insistant sur l'action en restitution qu'elles engendrent au profit du possesseur médiat (178). Mais ce point de vue paraît trop étroit. Dire que le dédoublement de la possession est une situation essentiellement précaire ne signifie pas qu'elle ne puisse prendre fin que par la restitution du bien au possesseur médiat. Ainsi, un preneur peut-il acheter le bien loué et devenir propriétaire (179). En fait, il y a possession médiate lorsque, sur le fondement d'une situation juridique contractuelle ou légale, le possesseur direct reconnaît avoir le droit ou être obligé de posséder temporairement au profit d'un autre. La seule action en restitution est insuffisante, puisqu'elle existe également au profit de tout propriétaire à l'égard d'un possesseur (180). Faut-il, pour autant, négliger totalement l'action en restitution ? Les textes du B. G. B. imposent une réponse négative (181). Le § 870 s'explique par la nature particulière de la situation. Si le possesseur médiat ne bénéficie pas d'une telle action, il ne peut plus réaliser sa possession. Il n'aurait plus aucun lien, aucun droit sur la chose. En outre, l'action en restitution légitime la situa-

---

(178) WOLFF-RAISER, op. cit., § 8.

(179) R. G. 24 janvier 1913, J. W. 1913, 432. Pour une hypothèse analogue : R. G. 14 novembre 1911, J. W. 1912, 144 ; STAUDINGER, op. cit. § 868, 2.

(180) PRZIBILLA, "Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes". Diss. Bonn, 1905, p. 23 - Cf. B. G. H. 29 avril 1954, N. J. W. 1954, 1036.

(181) § 870 du B. G. B. : "la possession médiate peut être transférée à un tiers au moyen de la cession du droit à la restitution de la chose".

tion du possesseur intermédiaire ; tant qu'elle ne peut être exercée, celui-ci a un droit à posséder le bien. Et c'est là l'autre aspect de la possession médiate. Elle suppose un droit ou une obligation à la charge du possesseur direct. Ce droit ou cette obligation ne peuvent se concevoir qu'à la suite d'un rapport juridique entre les deux parties et l'on en revient ainsi à la source du dédoublement de la possession, la "Besitzmittlungsverhältnis". En définitive, celle-ci doit, à la fois, légitimer la possession du "Besitzmittler" et accorder d'une manière générale une action en restitution au possesseur médiat. Ce sont ces deux éléments qui conditionnent l'existence d'une possession médiate.

Ils ne doivent pas, pour autant, être traités séparément en tant que tels, dans la mesure où l'un dépend de l'autre. C'est au sein du rapport opérant création de la possession médiate qu'ils doivent exister, faute de quoi le dédoublement de la possession ne se réaliserait pas. A la suite de la "Besitzmittlungsverhältnis", il y a, d'un côté, un possesseur médiat dont le droit à restitution dépend de la nature du droit au nom duquel le possesseur direct possède et, d'un autre côté, un possesseur intermédiaire direct dont la possession devra être l'expression d'un droit appartenant au seul possesseur médiat.

137. - Le dédoublement de la possession dépendant, sauf de rares exceptions (182), de la volonté des parties, les hypothèses qu'il embrasse sont multiples. Mais il serait vain d'en dresser un tableau exhaustif, toutes se rattachant à des principes identiques : la possession médiate existe à partir du moment où un individu, possesseur direct, exerce légitimement, mais temporairement un pouvoir de fait pour le compte d'un tiers, le possesseur médiat. Le "Besitzmittler" est véritablement possesseur, ce qui le distingue du détenteur subordonné, et les circonstances de la possession médiate sont celles où le droit français ne reconnaîtrait, d'un côté, qu'un détenteur

---

(182) L'origine du dédoublement peut être légale ; c'est le cas de l'exécuteur testamentaire : § 2205 du B. G. B. Cf. STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 21.

et, de l'autre, un possesseur (183).

---

(183) Cette situation n'existe pas en cas de vente : R. G. 2 novembre 1923 R. G.Z. 108, 26 (27) - Elle se rencontre notamment : dans le contrat de prêt : R. G. 11 mars 1904, R. G. Z. 57, 175 (179) - dans le contrat de transport de marchandises : R. G. 22 octobre 1927, R. G. Z. 118, 250 (253) - dans toutes les hypothèses visées par le § 868 : R. G. 5 février 1932, R. G. Z. 135, 74 (78) - en cas de saisie, lorsque le bien reste entre les mains du débiteur, ce dernier devient Besitzmittler : R. G. 14 février 1919, R. G. Z. 94, 341 et R. G. 28 octobre 1927, R. G. Z. 118, 276 (277) - Dans le contrat de superficie : B. G. H. 17 avril 1970, M. D. R. 1970, 669 - Lorsqu'intervient le mécanisme du constitut possessoire : R. G. 17 mai 1898, R. G. Z. 1898, R.G.Z. 52, 385 (390). Un rapport de droit public peut convenir : O. L. G. Celle 27 février 1931, R. G. Z.183, 186. Et, d'une façon plus générale, dès qu'il y a un acte traduisant la volonté et remplissant les conditions pour créer un dédoublement de la possession : R.G. 15 novembre 1901, R.G.Z. 49, 170 - R. G. 26 mars 1915, J. W. 15, 656 - R. G. 28 avril 1903, R. G. Z. 54, 396. R. G. 9 février 1920, R. G. Z. 98, 131 (134) , ce dernier concernant une gestion d'affaires.

Deux cas méritent, cependant, d'être précisés (184), parce que particulièrement significatifs de l'importance de la "Besitzmittlungsverhältnis". Le premier d'entre eux concerne l'inventeur. Tenu légalement d'une obligation de restitution, est-il vis à vis du propriétaire dans une situation comparable à celles envisagées par le § 868 ? La réponse doit être négative et elle démontre l'insuffisance de la seule obligation de restitution. L'inventeur n'a aucun droit, encore moins d'obligation à posséder. C'est dire qu'entre lui et le propriétaire, il n'y a pas eu de rapport juridique entraînant un dédoublement de la possession (185). L'inventeur est gardien, mais non au sens du § 868. Sa garde n'a pas sa source dans une situation juridique, légitimant sa possession, mais c'est précisément celle-ci qui l'obligera à restituer. Le rapport juridique préalable qu'exige le § 868 fait, en l'occurrence, défaut (186). Tout au plus, si l'inventeur connaît celui qui a perdu le bien et qu'il le récupère pour lui, peut-il y avoir gestion d'affaires et, dans ce cas, dédoublement de la possession. La seconde hypothèse vise une institution profondément originale, propre au droit allemand : le transfert de propriété à titre de sûreté ("Sicherungsübereignung") (187). Cette institution parti-

---

(184) Sur toutes les autres hypothèses, voir STAUDINGER, op. cit., § 868, 14 à 25.

(185) STAUDINGER, ibidem, § 868, 16.

(186) PRZIBILLA, "Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter", Dogm. J. 50, 370 - Last "Fragen der Besitzlehre", Dogm. J. 63, p. 97.

(187) FARGEAUD, Le gage sans dépossession, comme instrument de crédit et le Marché Commun, 1963, p. 139 et s. - SCHAEFFER, Le gage sans dépossession en Droit comparé (allemand et anglais) in Etudes Hamel, p. 648 à 654. - SERICK, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1964 - STOLL, Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, 1965. MEISNER, "L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété" G.P. 1972, I, 369.

cipe aux règles du gage sans dépossession. Le débiteur transmet à son créancier certains biens, mais en conserve la possession. Ce résultat est obtenu grâce au mécanisme du constitut possessoire (188). Or, en lui-même, le recours au constitut possessoire engendre un dédoublement de la possession. Le débiteur est alors possesseur direct et le créancier possesseur médiat (189). Et la situation se complique dans la mesure où le créancier, s'il est propriétaire, ne l'est qu'à titre de sûreté : ses droits sont restreints par la finalité de l'opération. Bien qu'étant possesseur médiat, on le qualifiera, à son tour, de possesseur intermédiaire du débiteur, ce dernier étant considéré alors comme possesseur médiat au second degré (190). Il est toutefois permis de se demander à quel titre le débiteur conserve le bien et, en l'absence de toute précision à ce sujet, si l'on ne doit pas considérer l'opération comme un constitut possessoire abstrait. Or, celui-ci ne saurait être envisagé comme un rapport de droit auquel se réfère le § 868 du B.G.B. (191). Cette réserve n'empêche pas la doctrine de considérer le mécanisme du transfert à titre de sûreté comme conférant une possession médiate au créancier (192). Le dédoublement de la possession vient ici au secours du crédit du débiteur.

---

(188) § 930 du B.G.B. : "Si un propriétaire est en possession de la chose, la tradition peut être remplacée par une convention entre lui et l'acquéreur en vertu de laquelle ce dernier aura la possession médiate".

(189) R.G. 14 novembre 1911, J.W. 1912, 144.

(190) STAUDINGER, op. cit., § 868, 15, b.

(191) R.G. 15 novembre 1901, R.G.Z. 49, 170 ; cf. MACHLEID, J.Z. 1959, 146, III.

(192) STAUDINGER, op. cit., loc. cit. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 8, I, c.

Il peut se faire que la possession médiate elle-même se dédouble. Cette possibilité est expressément envisagée par le § 871 du B.G.B. (193). On suppose qu'un possesseur direct crée à son profit un nouveau dédoublement de la possession. Tout en continuant à être "Besitzmittler" à l'égard du premier possesseur médiat, il acquerra lui-même cette qualité vis à vis d'un tiers qui sera, à son égard, possesseur direct. Un locataire sous-louant le bien, crée une telle situation. Le sous-locataire, possesseur intermédiaire, aura au-dessus de lui, un premier possesseur médiat, le locataire, ce dernier demeurant "Besitzmittler" du bailleur, possesseur médiat au second degré. Il peut, ainsi, se former une véritable pyramide de possessions médiates ("Besitzleiter"). Cette situation doit, cependant, être soigneusement distinguées, d'une part, de la copossession médiate, d'autre part, de la possession juxtaposée ("Nebenbesitz"). Dans le premier cas, tous les copossesseurs sont un pied d'égalité. La deuxième hypothèse soulève plus de difficultés. Elle suppose qu'un possesseur intermédiaire use du mécanisme du constitut possessoire pour reconnaître à un tiers la qualité de possesseur médiat. Cette possibilité est très discutée et l'on ne voit pas comment un seul et même possesseur direct pourrait être tenu à l'égard de deux possesseurs médiats, disposant des mêmes droits (194). Mais, hormis cette dernière réserve, le dédoublement de la possession médiate ne fait pas plus de difficultés que la possession elle-même (195).

138. - A la vérité, une seule question embarrasse les auteurs. Que devient la possession médiate si la "Besitzmittlungsverhältnis" se révèle être nulle ? La question ne mérite d'être posée

---

(193) "Si le possesseur médiat se trouve, vis à vis d'un tiers, dans un rapport juridique de la nature visée au § 868, la qualité de possesseur appartient également à ce tiers".

(194) Notamment en ce qui concerne l'obligation de restitution Cf. infra, n° 214.

(195) STAUDINGER, ibidem, § 868, 9 et § 871 - B.G.H. 18 novembre 1963, J.Z. 1964, 130.

que pour la possession médiate et non pour le "Besitzmittler" qui lui, exerçant le pouvoir de maîtrise, conservera tous ses droits. Ce que met en cause la nullité du rapport juridique, c'est la possibilité pour le possesseur médiat d'user de son action en restitution. Avec la nullité du contrat doit normalement disparaître le lien qui unissait le possesseur médiat au bien détenu par le "Besitzmittler". Bien que cette action en restitution ne soit pas le seul critère de la possession médiate, son effacement ôte néanmoins tout pouvoir à l' "Oberbesitzer" (196). Cette opinion, presque unanime, n'est pourtant pas à l'abri de toute critique. On peut s'étonner de cette solution, dans la mesure où, tout d'abord, elle fait dépendre la possession médiate d'une situation juridique, ou plus précisément, d'un acte juridique, ce qui au regard des conceptions allemandes est paradoxal, voire contradictoire. Il est vrai qu'elle ne bouleverse pas la notion de possession ; seul le "Besitzmittler" exerce la maîtrise effective sur le bien et puisqu'il demeure possesseur, l'honneur est sauf (197). C'est, en réalité, oublier que le possesseur médiat conserve, bien qu'indirectement, un certain pouvoir sur le bien. Il devrait suffire que le rapport juridique fonde ce pouvoir, peu importe sa régularité (198). Les partisans de cette dernière thèse s'attachent, en fait, à limiter les inconvénients de la première solution qui aboutit, un peu brutalement, à dénier au possesseur médiat toute possession. Mais un résultat identique peut être obtenu dans le cadre de la première solution. En effet, ce que la nullité de la "Besitzmittlungsverhältnis" entraîne, c'est la fin de l'action en restitution, issue de ce contrat. Mais le

---

(196) STAUDINGER, op. cit., § 868, 2, b - MENGELKOCH, "Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigket des Rechtsverhältnisses und dem Enstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 B.G.B.", Dogm. J. 76, p. 53, p. 76. - R.G. 24 février 1915, R.G.Z. 86, 262 (265). R.G. 9 février 1920, R.G.Z. 98, 131.

(197) MENGELKOCH, ibidem, p. 79.

(198) WESTERMANN, op. cit. § 17, 5, b - SCHONFELD, "Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkwertrages" (à propos du B.G.B. 23 mai 1958, B.G.H.Z. 27,317), J.Z. 1959, 301.

possesseur n'est pas pour autant démuni. A l'égard de son ancien "Besitzmittler", l'action fondée sur l'enrichissement sans cause ou l'action en revendication du § 985 du B.G.B. s'il est propriétaire, lui demeurent offertes. Il est alors possible d'opter pour la première thèse, si l'on admet que la disparition de la possession médiate ne s'accompagne pas d'une rupture complète des liens entre l' "Oberbesitzer" et le possesseur intermédiaire.

139. - En définitive, si le dédoublement de la possession est apparu , aux yeux du législateur allemand, comme une conséquence inévitable de la possession du détenteur précaire, son mécanisme ne nous convainc pas par sa simplicité. Il n'est que de constater l'importance des développements doctrinaux qui s'y rapportent, pour se rendre compte de l'imprécision d'un tel système. Cette imprécision est confirmée lorsqu'on se penche sur ses effets.

B) Les conséquences du dédoublement de la possession.

140. - Les effets de la possession médiate concernent autant le possesseur médiat que le "Besitzmittler". S'agissant du premier, sa situation peut paraître paradoxale au regard du § 854 alinéa 1. Comment qualifier une possession qui ne se concrétise pas dans l'exercice d'un pouvoir de maîtrise ? De prime abord, il est vrai que l'existence même d'une possession médiate est une anomalie au sein du B.G.B. (199). Aussi, certains ne veulent-ils pas y voir une véritable possession. C'est notamment l'opinion de Wendt (200), qui évidemment relève, tout d'abord, qu'il s'agit d'un possesseur sans pouvoir de fait. Mais

---

(199) Pour un exposé des différentes thèses, voir notamment : FRANCK, "Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzes", Hamburg, 1910.

(200) Op. cit. (n° 108, note 100).

il s'attache surtout à démontrer les inconvénients d'une telle possession. Admettre que le "Besitzmittler" et l' "Oberbesitzer" sont possesseurs au même titre aurait, en effet, pour conséquence de leur reconnaître le bénéfice de la protection possessoire entre eux ; or, cette solution est difficilement justifiable dans la mesure où le débat entre eux ne devrait concerner que le seul terrain de la "Besitzmittlungsverhältnis" (201). En conséquence, Wendt refuse au possesseur médiat toute protection possessoire, y compris l'action en légitime défense du § 859 du B.G.B. . Enfin, et surtout, l'auteur estime que l'action en revendication ne peut être exercée contre le possesseur médiat, puisqu'il ne détient pas matériellement la chose. Certes, reconnaît-il, le § 985 du B.G.B. ne contient, à cet égard, aucune restriction, mais l'auteur s'appuie sur le § 941 du B.G.B. qui interrompt la prescription lorsque la propriété est revendiquée contre le "Besitzmittler" (202). Aux yeux de Wendt, ce texte confirme que l'action est toujours dirigée contre le possesseur direct, sans quoi il aurait dû également parler de l'action contre le possesseur médiat. En réalité, cet argument est pour le moins contestable... Il était tout à fait inutile pour le B.G.B. d'envisager une règle spécifique pour le possesseur médiat, puisqu'il entre dans la catégorie des possesseurs à titre de propriétaire, également visée par le § 941 du B.G.B. (203). La précision concernant le possesseur intermédiaire signifie simplement que la prescription est également interrompue lorsque l'action est dirigée contre lui.

---

(201) WENDT, ibidem, p. 51.

(202) WENDT, ibidem, p. 74.

(203) "La prescription acquisitive est interrompue lorsque la propriété est revendiquée en justice soit contre le possesseur à titre de propriétaire soit dans le cas où la chose est l'objet d'une possession médiate contre le possesseur qui tient son droit de posséder du possesseur à titre de propriétaire...".

Même si la thèse de Wendt est contestable, doit-on pour autant considérer le possesseur médiat comme un possesseur en tous points identique à celui du § 854 alinéa 1 ? En fait, l'opinion dominante veut voir dans la possession médiate une fiction voulue et organisée par la loi. Le possesseur médiat est donc véritablement possesseur, mais son pouvoir de fait relève de la fiction ("Vergeistigte Sachherschaft"), du moins en partie, car le possesseur médiat n'a pas complètement abandonné son pouvoir de fait. Simplement, il ne peut l'utiliser pendant le temps où ce pouvoir est confié à un possesseur direct. Dans ce laps de temps, la "Gewalt" lui est attribuée, fictivement (204). Fort proche de cette conception, au point de parfois ne pas s'en distinguer, une troisième opinion considère purement et simplement le possesseur médiat comme un possesseur au sens du § 854 alinéa 1. Elle estime que son pouvoir n'est pas exclu par celui du "Besitzmittler". Ce dernier a un contact direct avec la chose, mais ce contact matériel ne se confond pas nécessairement avec la totalité du pouvoir de maîtrise. Celui de l' "Oberbesitzer" englobe, en réalité, celui du possesseur intermédiaire, même s'il en dépend. Pourtant, il faut reconnaître au possesseur médiat une situation particulière, au moins tant que dure le dédoublement. Et sur ce point, cette thèse n'est guère éloignée de celle qui se fonde sur l'idée de fiction, de telle sorte que l'on peut la considérer comme en étant une simple variante (205). Au fond, la possession directe n'est qu'une possession dérivée et limitée. La jurisprudence semble entériner ce point de vue, qui considère notamment qu'une action en revendication peut être exercée con-

---

(204) STAUDINGER, op. cit., § 868, 26 - WESTERMANN, op. cit., § 17, 5, f - MÜLLER-ERZBACH, "Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien", Dogm. J. 53, p. 364.

(205) STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 25 et s. - SOERGEL, op. cit., § 868, 2 - WEIDEMANN : "Der mittelbare Besitz des B.G.B.", Diss. 1902, p. 24 - FRANCK, op. cit. (n° 140, note 199), p. 16 et s. - O.L.G. Celle 11 septembre 1973, N.J.W. 1973, 1987.

tre un possesseur médiat (206).

141. - Si la possession de l' "Oberbesitzer" est controversée, celle du possesseur direct ne fait aucun doute. En ce qui le concerne, seul l'élément intentionnel mérite une attention particulière. L'on sait qu'en principe, s'agissant de la notion de possession, l'animus est indifférent. Mais possesseur médiat et possesseur direct possèdent à des titres différents. Cette divergence que ne peut traduire le corpus, est prise en compte par l'élément subjectif. En effet, même aux yeux du droit allemand, le possesseur direct n'a pas la volonté de posséder de la même manière que le possesseur médiat : il n'aura qu'une "Fremdbesitz" (volonté de posséder pour autrui). Cela ne signifie pas que le possesseur médiat soit nécessairement possesseur à titre de propriétaire ("Eigenbesitz"). Sa propre possession pouvant se dédoubler, il peut n'être que "Fremdbesitzer" d'un tiers et de la sorte, la distinction entre possession pour autrui et possession animo domini ne coïncide pas avec celle du possesseur médiat et du possesseur direct. Mais, en tout état de cause, le possesseur direct aura au-dessus de lui un possesseur médiat qui l'empêchera d'avoir une "Eigenbesitz" (207). La "Fremdbesitz" s'applique ainsi à tous les "Nutzungsbesitzer", tous ceux qui possèdent parce qu'ils ont un droit d'usage sur la chose et qu'ils reconnaissent à un tiers un droit supérieur au leur. Elle concerne donc tous ceux qui, selon les règles du Code civil, sont détenteurs précaires. Mais, contrairement au droit français, l'absence d'animus domini ne met pas en cause l'existence de la possession, si bien qu'au niveau des principes les divergences demeurent intactes entre les deux droits. Le détenteur étant possesseur, le

---

(206) B.G.H. 29 octobre 1969, N.J.W. 1969, 241 ; cf. DERLEDER "Zum Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer" N.J.W. 1970, 923.

(207) Contra et à tort, auteurs cités à la note 154.

défaut d'"Eigenbesitz" joue le rôle de vice de la possession. Le "Besitzmittler" ne se voit rattacher que les conséquences issues directement du pouvoir de fait. Outre le bénéfice des actions possessoires, il se voit ainsi créditer d'une double présomption : celle de la régularité de sa possession et celle de l'existence du droit qui a donné naissance au dédoublement de la possession. Quant à l'"Eigenbesitz", elle n'est exigée qu'à titre exceptionnel et, de prime abord, lorsque l'on envisage la possession il n'y a pas lieu de distinguer "Besitzmittler" et possesseur ordinaire.

Comme la détention française, le dédoublement est une situation objective et par conséquent la volonté du possesseur direct est à elle seule insuffisante pour modifier la nature de sa possession. La seule intention de posséder animo domini ne met pas fin à la possession médiate (208).

A examiner, ainsi, de près la situation du possesseur médiat, l'on constate que le droit allemand a reporté la distinction entre possession et détention sur le seul plan de l'élément intentionnel. Cela conduit à un certain rapprochement des deux droits dans leurs effets, mais au regard de la notion de possession et de détention ils restent profondément opposés.

142. - En définitive, l'étude de la portée de la détention nous semble particulièrement significative. Elle laisse entrevoir ce qui fait le trait caractéristique des systèmes français et allemand : une opposition certaine au niveau des principes, mais une convergence dans leurs conséquences. Il faut, cependant, se méfier des termes de la comparaison. S'il est vrai que dans les deux droits, la détention met en cause l'existence de la possession, il faut se souvenir que ces deux situations ne recouvrent pas le même domaine, l'une étant exceptionnelle, l'autre beaucoup plus fréquente.

---

(208) B. G. H. 16 octobre 1953, L. M. n° 4 zu § 868. B. G. H. 19 janvier 1955, N. J. W. 1955, 499 - B. G. H. 10 novembre 1965, J. Z. 1966, 234. Pour une position plus nuancée cf. SOERGEL, op. cit., § 868, 6 - JUNG, "Willensänderung des Besitzmittlers", Das Recht, 1919, p. 353 et s.

De même, le dédoublement de la possession demeure-t-il, malgré toutes les convergences, un système profondément original que l'on est incapable d'imaginer, à l'heure actuelle, en droit français. Les conséquences de la détention ne doivent pas être trompeuses, au point de faire oublier ce qui oppose les deux législations sur la notion même de détention ; et là les divergences demeurent complètes.

* *

143. - Nous croyons pouvoir étendre cette remarque à l'ensemble des questions relatives à la réalisation de la possession. Celle-ci nous suggère deux observations. La première se justifie par l'antinomie des deux législations, qu'il s'agisse des éléments constitutifs ou de la distinction de la possession et de la détention. On ne peut nier ce qui constitue les différences les plus importantes. Ainsi en est-il de la controverse relative aux éléments constitutifs de la possession : de toute évidence, le droit français exige deux éléments, alors qu'outre-Rhin, l'on se contente d'un seul. Dans le même esprit, on ne saurait renier les analyses les plus traditionnelles qui mettent en évidence le sort différent réservé au détenteur précaire. Pourtant, et c'est ce qui motive la seconde remarque, les points de convergence ne manquent pas et ne doivent pas être sous-estimés. Le plus souvent, le rapprochement résulte d'une déformation des concepts propres à chaque droit. Ce qui normalement aurait dû conduire à des positions irréductiblement opposées, aboutit en réalité à des solutions qui, sans être communes, ont un lien de parenté. Ainsi en est-il du corpus, exercice de fait d'un droit réel en France, pouvoir de fait en Allemagne. Pourtant l'imprécision de la "Gewalt" obligera, le plus souvent, à la définir par analogie avec l'exercice de fait d'un droit ; son contenu se colorera ainsi juridiquement, ce qui ne sera pas sans rappeler la solution française. On aura également remarqué que le B.G.B., tout en faisant du détenteur précaire un possesseur, ne lui en attribue pas la pleine efficacité. De la sorte, si l'on peut, en définitive, conclure à une opposition certaine entre les deux législations sur la notion de possession, il apparaît, déjà, qu'au niveau des effets les divergences s'estomperont.

CHAPITRE III : LES CONDITIONS DE L'EFFICACITE DE LA POSSESSION.

144. - La possession ne participe pas à la vie juridique du seul fait que se trouvent réunis ses deux éléments constitutifs. Son efficacité suppose réunies certaines qualités. Celles-ci concernent plus particulièrement le corpus ; l'animus, quant à lui, existe ou n'existe pas, mais ignore les situations intermédiaires.

Les qualités ainsi requises de la part du corpus s'expliquent en droit français par la finalité de la possession, lorsqu'elle ne coïncide pas avec un droit sous-jacent. Elle est alors, tout à la fois, manifestation du droit défaillant et mode d'acquisition de ce dernier. Dans une telle circonstance, l'on conçoit qu'elle ne soit prise en considération que si elle se présente sous les apparences habituelles du droit de propriété ou d'un autre droit réel. Les qualités exigées de la part de la possession renvoient ainsi, au moins implicitement, au lien qui unit possession et propriété (1). Aussi n'est-il guère étonnant de constater que ces qualités ont d'abord été définies à propos des conditions de la prescription acquisitive (2). Et c'est ensuite sous l'effet de l'étroit rapport entre possession et propriété qu'elles ont été rendues nécessaires pour que la possession puisse, plus généralement, mériter la protection de la loi. Mais , en pratique, on est très vite passé d'une formulation positive de l'efficacité aux conditions négatives, en n'envisageant la question que sous l'angle de l'absence de vices.

---

(1) Cf. supra, n° 6 et s.

(2) Article 2229 du Code civil : "Pour pouvoir prescrire, il faut une possession continue et non interrompue, paisible, publique, non équivoque, et à titre de propriétaire".

Le droit allemand procède selon une optique quelque peu différente, mais qui, comme la solution française, est en rapport avec l'idée qu'il se fait de la possession. L'autonomie de cette dernière vis à vis de l'état de droit ne lui permet pas d'exiger des qualités qui, en réalité, ne s'expliqueraient que par le droit sous-jacent ou par celui que la possession tend à acquérir. Et c'est bien ce qui ressort de la loi, elle qui se soucie plus de la possession en tant que fait matériel qu'en tant que mode d'acquisition et qui, surtout, établit entre ces deux aspects une frontière bien définie. Ainsi, les qualités exigées par le B.G.B. n'ont-elles pas été conçues à partir de la prescription acquisitive pour être, ensuite, étendues à l'ensemble des effets de la possession. En règle générale, il ne s'agit pas de colorer le corpus en fonction d'un droit, mais de s'en tenir à sa seule matérialité. Les vices seront ainsi beaucoup plus rares qu'en droit français. Et ce n'est qu'en matière de prescription acquisitive que l'on sera amené à se détacher du simple état de fait. Aussi la première difficulté que la comparaison des deux systèmes devra s'attacher à résoudre consistera-t-elle à déterminer les différents vices retenus par chacun d'eux (Section I), avant d'en mesurer l'exacte portée (Section II).

SECTION I : DETERMINATION DES VICES DE LA POSSESSION.

145. - A lire l'article 2229 du Code civil, la possession doit être continue, paisible, publique, non équivoque, non interrompue et à titre de propriétaire. Aux quatre premières qualités correspondent les vices de discontinuité, violence, clandestinité et équivoque. Tous traduisent une certaine manière d'être de la possession qui, sans détruire son existence, la rend juridiquement inutile. Cette particularité ne se retrouve pourtant pas si les deux dernières conditions défaillent. Lorsque la possession est interrompue ou lorsqu'elle ne se fait pas à titre de propriétaire, il y a absence de possession et non simplement possession viciée. L'interruption ne concerne d'ailleurs pas la notion de possession, mais le mécanisme

de la prescription acquisitive. Et même dans cette hypothèse, elle n'est pas un vice : quand la prescription est interrompue, c'est que la possession est perdue. La remarque vaut également pour la sixième qualité énumérée par la loi. Lorsque l'on parle de possession à titre de propriétaire, ce que l'on envisage c'est l'absence de précarité. Or, nous avons pu le constater (3), la précarité met en cause l'existence de la possession ; de la sorte elle ne constitue pas, du moins en droit français, un vice de la possession. Aussi les auteurs sont-ils unanimes à critiquer la rédaction de l'article 2229 du Code civil, en raison des erreurs ou de la confusion qu'elle est susceptible d'entraîner (4). Donc, doivent être retenus les seuls vices qui correspondent aux quatre autres qualités de la possession. Un seul auteur ne s'en tient pas à cette énumération. A ces vices qu'il qualifie d'objectifs, il ajoute la mauvaise foi du possesseur, considérant que la bonne foi est une qualité subjective. Selon cette opinion, il y aurait ainsi deux types de qualités ou de vices. Le premier type se rattacherait au mode de réalisation et d'exercice du corpus et ce seraient les vices objectifs ; la seconde catégorie aurait trait à la personne du possesseur, à sa bonne ou mauvaise foi et l'on parlerait alors de vice subjectif (5). A notre avis cependant, la mauvaise foi ne peut être assimilée à un vice de la possession. Pour que la chose fût possible, il faudrait au moins que le vice subjectif ait la même portée que le vice objectif, c'est-à-dire qu'il rende la possession juridiquement inefficace. Or, s'il est vrai que les effets de la possession diffèrent selon la bonne ou la mauvaise foi du possesseur, ils ne sont pas totalement absents, même en cas de mauvaise foi. Le possesseur de mauvaise foi bénéficie de la prescription trentenaire, alors que celle-ci est condamnée tant que persiste un vice. Certes, celui-ci peut n'être que relatif et donc ne paralyser la possession que partiellement, mais il demeure d'une

---

(3) Cf. supra, n° 133.

(4) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 153 - RIPERT-BOULANGER, op. cit. n° 2297 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 20 - WEILL, op. cit., n° 386 - CARBONNIER, op. cit., n° 42, p. 142. Contra : AUBRY et RAU, op. cit., § 180, n° 80 et s., puisqu'ils considèrent que la précarité est un vice de la possession ; cf. supra, n° 133.

(5) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 19 et n° 25.

nature différente, ne serait-ce que parce qu'il est d'ordre matériel et non psychologique. Une possession viciée sera toujours paralysée dans ses effets à l'égard de quelqu'un, alors qu'une possession de mauvaise foi peut finir par triompher.

146. - Le B. G. B. ne connaît pas de disposition comparable à celle de l'article 2229 du Code civil. A vrai dire les questions ne se posent pas sous le même angle. La notion allemande de possession rend inutile certains vices connus du droit français. Puisqu'en effet, il n'y a de possession que par la maîtrise effective d'un bien (6), certaines qualités s'imposeront d'elles-mêmes et leur absence traduira non une possession viciée, mais le défaut de toute possession. La "Sachherrschaft", caractéristique de la possession, doit nécessairement, pour apparaître comme telle aux yeux des tiers-qui, ne l'oublions pas, sont partie prenante dans la détermination du corpus, - présenter certaines conditions, sans lesquelles elle n'existerait pas. C'est ainsi que la discontinuité, la clandestinité, ou l'équivoque sont inconciliables avec les exigences propres au pouvoir de fait du § 854 alinéa 1 du B. G. B. . Aussi ne doit-on pas s'étonner de ne point les retrouver énumérées commes vices de la possession. Le seul vice qui, de ce point de vue, puisse affecter le corpus concerne la manière dont le possesseur a pu établir son pouvoir de domination. Comme la loi française, le B. G. B. exige dans son § 858 que l'entrée en possession se fasse paisiblement. Le vice de violence constitue donc le seul trait commun des deux législations.

En revanche, sur un tout autre point, la solution allemande est profondément originale. Ignorant la distinction entre possesseur et détenteur précaire, du moins sur le seul terrain des éléments constitutifs de la possession, le législateur a été contraint de différencier leur situation sur le plan des effets. C'est ainsi qu'en exigeant une possession à titre de propriétaire pour que puissent s'appliquer, en matière mobilière, les règles de la prescription acquisitive, il

---

(6) Cf. supra, n° 89 et s.

fait de la précarité un vice de la possession (7). Tout détenteur est possesseur, mais tout possesseur ne jouit pas des mêmes privilèges. La différence de situation sera fonction de l'existence ou non d'une détention à titre précaire. Il faut cependant souligner que celui qui, en Allemagne, est véritablement détenteur, le "Besitzdiener", subit le même sort qu'en droit français ; sa détention subordonnée mettant en cause l'existence de la possession, elle ne peut être considérée comme un vice.

Ces remarques préliminaires permettent, dans la confrontation des deux systèmes législatifs, de mettre en évidence deux types de vices : ceux qui concernent la manifestation du corpus et qui affectent la possession (§ 1) et celui qui, propre au droit allemand, a trait à la situation du titulaire du corpus et vise ainsi le possesseur (§ 2).

§ 1 : Les vices affectant la possession.

147. - Discontinuité, équivoque, clandestinité et violence, tous quatre ont trait à la réalisation du corpus. Les trois premiers sont propres au droit français, la violence seule se retrouvant de part et d'autre (8).

A) La discontinuité.

148. - La possession doit être continue. Cette affirmation ne fait-elle pas douter de l'existence de ce vice en tant que tel ? Ne veut-on pas simplement souligner que, pour qu'il y ait possession, il faut un corpus suffisant ? Dans une telle hypothèse, la discontinuité entrainerait non pas une possession viciée, mais un défaut de possession (9). L'objection n'est pas sans valeur. Quelles sont, en effet, les conséquences de la discontinuité, si ce n'est l'absence de corpus et par conséquent la fin de la possession ? En réalité, le défaut de corpus n'est jamais définitif ; la discontinuité à un

---

(7) Cf. infra, n° 161 et s.

(8) Cf. supra, n° 146.

(9) MARTY-RAYNAUD, op. cit. n° 23. Comp. AUBRY et RAU, op. cit ., § 130, n° 80 qui renvoie l'étude de la discontinuité à celle des actions possessoires et de la prescription.

moment quelconque n'empêche pas la possession de renaître, si les actes matériels reprennent leur cours normal. Et c'est bien ainsi que le Code civil a compris le mécanisme de la discontinuité. Celle-ci affecte non l'existence du corpus au moment de l'entrée en possession, mais la poursuite des actes matériels qui traduiront par la suite l'empreinte du possesseur. Il suffit que ce dernier accomplisse ces actes au rythme que requiert normalement la chose possédée : "la possession qui ne peut se manifester qu'à de certains intervalles par des faits distincts plus ou moins séparés, n'en est pas moins continue par cela seul qu'elle a été exercée dans toutes les occasions et à tous les moments où elle devait l'être" (10). Un auteur estime, pourtant, que ces décisions sont ambigues : elles semblent concerner des espèces où la possession était contestée parce qu'elle n'avait jamais été fondée sur un corpus suffisant (11). En fait, elles sont le reflet du particularisme de la discontinuité : lorsque celle-ci est établie, c'est qu'en effet il n'y a plus de corpus, mais cela ne peut signifier qu'il n'ait jamais existé ou qu'il ne renaitra pas. Et si, dans les deux décisions citées, la possession d'une des parties a été reconnue, cela tient bien au fait qu'elle avait conservé un corpus suffisant, malgré un certain espacement dans son exercice (12).

---

(10) Civ. 5 juin 1839, S. 1839.1.621 rendu sous la présidence de Portalis. Req. 12 décembre 1860, D. 1861.1.303.

(11) RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 49.

(12) Cf. en matière de servitudes, une espèce où la Cour de Cassation relève qu'une servitude de passage n'étant pas de nature à s'exercer tous les ans, le possesseur n'avait pas perdu la possession depuis plus d'un an : Req. 19 mars 1884, S. 1884.1.463.

149. - Aussi la majorité des auteurs ne fait-elle aucune difficulté à reconnaître dans la discontinuité un vice de la possession et à laisser au juge le soin de tracer son contenu (13). L'appréciation par ce dernier se fera en principe objectivement, compte tenu de la nature de l'acte et du bien. Sur un point, pourtant, l'exigence d'un corpus continu présente certaines particularités. Il semble heurter un principe, très ancien et affirmé à plusieurs reprises par la Cour de Cassation, selon lequel la possession immobilière peut se conserver par la seule intention tant qu'un tiers ne s'en est pas emparée (14). Toutefois, la Cour de Cassation a règlé ce conflit, en atténuant quelque peu la possibilité d'une possession "solo animo". Celle-ci demeure possible à condition, cependant, qu'il n'y ait pas eu renonciation à la possession et que la "possession ait été exercée dans toutes les occasions comme à tous les moments où elle devait l'être d'après la nature de la chose possédée, sans intervalles anormaux assez prolongés pour constituer des lacunes et rendre la possession discontinue" (15).

---

(13) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 154 - RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2298 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 23 - WEILL, op. cit., n° 387 - CARBONNIER, op. cit., n° 42, p. 42 - MAZEAUD, op. cit., n° 1442-V. également : Civ. 1°, 3 mai 1960, D. 1960, S., 113, Rev. trim. dr. civ. 1960, 688 obs. H. SOLUS-Bordeaux 12 novembre 1964 (inédit) Rev. trim. dr. civ. 1965, 152, obs. BREDIN.

(14) Cf. infra, n° 211.

(15) Civ. 11 novembre 1950, D. 1950, J. 125, note LENOAN, où la Cour de cassation décide que la possession d'une haie, qui normalement était coupée tous les six ans, était devenue discontinue, puisque le possesseur était demeuré neuf ans sans procéder à la coupe. - Civ. 1°, 3 mai 1960, précité, note 13. Dans le même sens : MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 23 - MAZEAUD, op. cit., n° 1442. - Comp. RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 50.

Si donc la continuité n'exige pas un contact permanent du possesseur et de la chose, les intervalles qui séparent l'exercice de son corpus ne doivent pas pouvoir être compris comme manifestant une volonté d'abandonner la possession.

8) L'équivoque.

150. - Tout comme la discontinuité, l'équivoque résulte d'une possession insuffisamment caractérisée. C'est dire que son caractère de vice a été controversé de la même manière. Ainsi pour Aubry et Rau, "toutes les fois où l'on est porté à employer le mot équivoque, il manque un des éléments nécessaires, soit qu'il soit certain qu'il n'existe pas, soit que son existence soit douteuse" (16). En vérité, l'équivoque présente la particularité de concerner non pas directement le corpus, mais l'animus tel qu'il apparait aux yeux des tiers. En droit français, les actes accomplis par un prétendu possesseur doivent révéler un animus domini : si tel n'est pas le cas, c'est qu'il y a un doute sur l'un des éléments constitutifs de la possession, l'intention de posséder pour soi. La possession est donc équivoque lorsque le corpus ne traduit pas suffisamment l'animus domini ou qu'il peut s'expliquer autrement que par la prétention à un droit sur la chose (17).

---

(16) Op. cit., § 181, n° 89 - Cf. BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER, op. cit., n° 287.

(17) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 157 - WEILL, op. cit., n° 390. Cf. Civ. 13 juin 1963, Bull. civ. I, n° 317, p. 268 qui déclare que la "possession n'est équivoque que si les actes du possesseur ne révèlent pas son intention de se conduire en propriétaire ; que ce vice est sans relation avec la mauvaise foi, l'équivoque supposant le doute dans l'esprit des tiers mais non dans celui du possesseur" - Civ. 3°, 3 octobre 1969, Bull. civ. III, n° 611, p. 460.

On peut cependant remarquer que si l'un des éléments constitutifs défaille, c'est toute la possession qui est remise en cause, du moins tant que l'on ne réussit pas à prouver la fin de l'équivoque, ce qui parfois n'est guère possible. L'équivoque se rapprocherait ainsi de la détention précaire qui, elle aussi, repose sur l'absence d'animus domini. Mais l'analogie n'est pas complète. Une possession équivoque produira à nouveau ses effets, dès que le titulaire du corpus manifestera clairement son intention de posséder animo domini ; au contraire, l'on sait que la détention précaire ne cesse pas du seul fait du détenteur (18). Aussi convient-il effectivement de classer l'équivoque parmi les vices de la possession.

151. - Le plus souvent, elle est invoquée soit parce que les actes matériels peuvent s'expliquer de deux façons, soit parce que l'origine du corpus est douteuse. Dans les deux cas, l'appréciation ressort du pouvoir souverain des juges du fond (19). La première hypothèse suppose la possession de choses communes à plusieurs personnes. Ainsi les actes de l'une d'entre elles ne peuvent-ils contredire les droits des autres. Le corpus d'un copropriétaire est limité par celui des autres copropriétaires et, bien que pouvant s'exercer sur l'ensemble, il ne peut conduire à une prescription acquisitive en sa faveur. En effet, il ne manifeste pas nécessairement un droit exclusif et donc une volonté de posséder animo domini puisqu'il peut tout aussi bien s'expliquer par son droit partiel de propriété. A l'égard d'autres commu-

---

(18) Cf. supra, n° 118.

(19) Civ. 1°, 14 mai 1962, Bull. civ. I, n° 242, p. 219 - Civ. 1°, 13 mars 1963, Bull. civ. I, n° 159, p. 138 - Civ. 3°, 23 avril 1969, Bull. civ. III, n° 320, p. 244.

nistes, la possession restera vaine (20). Cela ne signifie pas qu'une possession, promiscue à l'origine, ne puisse se transformer en possession exclusive, apte à faire bénéficier son titulaire de la prescription acquisitive. En fait, toutes les fois que la possession d'un communiste est déclarée équivoque, c'est que son corpus n'exclut pas celui des autres. Mais à partir du moment où il est prouvé que lui seul exerce un pouvoir sur le bien indivis, ce sera au détriment des autres. L'on sera alors en présence d'une véritable possession, puisqu'il y aura eu un corpus animo domini. L'équivoque peut ainsi conduire à une possession exercée à titre de copropriétaire (21).

Dans la deuxième série de cas, l'équivoque plane sur l'origine du pouvoir de fait, rendant ainsi douteuse sa qualification de corpus animo domini. L'exemple le plus probant est celui des dons manuels où la possession intervient comme mode de preuve. A celui qui en

---

(20) Req. 19 février 1872, S. 1872, 1, 336 - Req. 22 juillet 1874, D. 1875, 1, 175 qui n'est pas tout à fait probant quant à l'autonomie du vice d'équivoque puisqu'il qualifie en l'espèce les actes accomplis d'actes de simple tolérance et donc nie ainsi toute possession. - Civ. 4 janvier 1888, D. 1888, 1, 54 - Civ. 3 avril 1889, S. 1890, 1, 14 - Req. 4 juin 1907, S. 1909, 1, 69 - Civ. 5 juin 1950, Bull. civ. I, n° 128, p. 97- Civ. 3°, 31 janvier 1969, Bull. civ. III, n° 105, p. 82 - Civ. 3°, 30 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 575, p. 422. Pour des actes accomplis par un cohéritier, cf. 13 mai 1889, S. 1890, 1, 12.

(21) Req. 6 janvier 1852, D. P. 1852, 1, 18 - Civ. 22 octobre 1924, D. H. 1924, 666 - Req. 8 novembre 1926, G. P. 1927, 1, 68 - D'une copropriété par indivis, on peut également passer à une propriété exclusive : Civ. 8 janvier 1946, D. 1946, p. 131.

conteste l'existence, la possession offre deux possibilités (22) ; toutes deux tendant à établir que les conditions de l'article 2279 du Code civil ne sont pas remplies. La première consiste à établir l'existence d'une détention précaire : elle suppose la preuve du titre qui obligera le donataire à restituer (23). La seconde s'attachera à démontrer, et c'est en quoi elle intervient ici, que la possession du bénéficiaire est équivoque et que par conséquent, là aussi, l'article 2279 ne saurait s'appliquer. Les décisions sont nombreuses, sans pour autant retenir un critère identique. Certaines décisions s'inspiraient d'ailleurs de principes tout différents, en refusant purement et simplement toute application éventuelle de l'article 2279 et en exigeant la preuve du don manuel. Cette jurisprudence traduisait les hésitations des juges à appliquer l'article 2279 dans les rapports entre le possesseur et son auteur (24). Mais l'essentiel du débat porte sur les conséquences de la cohabitation qui existait entre le détenteur du bien et son défunt propriétaire. Les tribunaux ont, sans aucun doute, recours au vice d'équivoque pour ruiner les prétentions de ceux qui, ayant vécu avec le cujus, prétendent avoir reçu à titre de don manuel les biens

---

(22) LOUSSOUARN-PIROVANO, Encycl. DALLOZ, Rep. Civ. 2è éd. v°. Don manuel.

(23) Req. 27 mars 1889, D. P. 1890, 1, 413 - Req. 16 janvier 1901, S. 1902, 1, 85 - Bourges 22 mars 1973, D. 1974, J, 326, note D. MARTIN.

(24) Civ. 24 avril 1866, D. P. 1866, 1, 347 - Lyon 28 novembre 1888, D. P. 1890, 2, 216 - Toulouse, 30 juin 1890, D. P. 1891, 2, 328 - Nancy 30 décembre 1891, D. 1892, 2, 441, note PLANIOL - Aix 3 février 1902, D. P. 1904, 2, 289, note PLANIOL, - T. civ. Pithiviers 3 novembre 1943, D. C. 1944, p. 136, note MIMIN.

qui se trouvent en leur possession après le décès (25). Mais la cohabitation n'est "pas un élément juridique rendant à lui seul et de plein droit, la possession équivoque ; elle n'est qu'un élément de fait dont l'appréciation, au point de vue du caractère de la possession appartient souverainement aux juges de fait" (26). Cependant, lorsque la cohabitation n'est pas reconnue comme décisive, les juges prennent soin de souligner ce qui à leurs yeux fait présumer l'existence du don manuel et qui ainsi combat les doutes engendrés par la cohabitation (27). Les discussions sur le rôle de la cohabitation ne concernent pas seulement les litiges opposant les héritiers et un individu qui prétend bénéficier d'un don manuel de la part du de cujus. La question peut également survenir du vivant du donateur. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu décider que la possession de bijoux par une femme mariée était équivoque, quant à la preuve de leur origine, dans la mesure où il pouvait s'agir de bijoux remis par la famille du mari pour qu'il les lui prête (28). De même, il a pu être décidé qu'un mari n'était pas fondé à revendiquer la propriété du mo-

---

(25) Req. 21 juin 1911, S. 1912, 1, 8 - Colmar 30 avril 1957, Rev. trim. dr. civ. 1957, 709 ob. SOLUS - Civ. 1°, 16 juin 1971, Bull. civ. I, n° 199, p. 167.

(26) Req. 18 décembre 1894, S. 1895, 1, 136 - Pau 1 avril 1890, D. P. 1891, 2, 232 - T. civ. Auch 3 juillet 1935, Rev. trim. dr. civ. 1935, 874, obs. SOLUS - T. civ. Albi 23 novembre 1955, D. 1956, S., 113.

(27) Ils relèvent ainsi qu'un don manuel peut être rendu vraisemblable "par l'affection maternelle" : Req. 22 décembre 1891, D. P. 1892, 1, 510. De même en raison des habitudes de prudence et d'ordre extrême du de cujus, le fait que l'on ait pas retrouvé les obligations après son décès indique qu'elles avaient été données à la servante : Req. 15 novembre 1881, D. P. 1882, 1, 67.

(28) Civ. 1°, 20 juin 1961, Bull. civ. I, n° 326, p. 259.

bilier saisi par un créancier de sa femme au domicile où il était seul autoriséà résider, dès lors que la femme habitait toujours dans les lieux, qu'elle continuait à y recevoir du courrier, et que, par conséquent, la possession invoquée par le mari était équivoque (29).

En fin de compte, pour les deux séries de circonstances, on a cru pouvoir dire que ce à quoi s'attaquait l'équivoque, c'était au fond la présomption d'animus domini de l'article 2230 du Code civil (30). Cette affirmation nous paraît devoir être nuancée. Car si l'équivoque ne porte effectivement que sur l'élément intentionnel de la possession, c'est non en tant que règle de preuve, mais comme règle de fond. Le vice d'équivoque ne combat pas la présomption de l'article 2230, il a un effet plus radical : jetant un doute sur l'origine même de la possession, il empêche qu'en soient réunies les conditions. L'article 2230 du Code civil suppose qu'il ne soit pas prouvé que l'on ait commencé à posséder d'abord pour un autre, condition qui défaille si la possession est équivoque.

C) La Clandestinité.

152. - La possession doit être publique, en ce sens que le corpus doit apparaître aux yeux des tiers comme l'emprise effective et voulue de celui qui l'exerce. Cela ne signifie pas qu'il faille que la possession soit connue de tous, mais chacun doit avoir été à même de s'en rendre compte. Et cela vaut surtout à l'égard de celui qui a intérêt à empêcher l'usucapion : lorsque le corpus lui a été dissimulé, la possession sera clandestine et, partant, elle lui sera inopposable. La clandestinité repose ainsi sur la conduite du possesseur ; elle manifeste une volonté de dissimulation, une tentative de tromperie, inconciliable avec le comportement normal du titulaire d'un droit réel dont la possession doit être l'image.

153. - Dans la pratique, la clandestinité se conçoit assez

(29) Civ. 1°, 10 avril 1973, D.1973, S., 116. La règle vaut entre concubins : Civ. 21 février 1956, D. 1957, J, 287- Civ. 30 janvier 1957, D. 1957, S., 49.

(30) MAZEAUD, op. cit., n° 1440, in fine.

mal pour les immeubles. On pourrait imaginer l'usucapion d'un fonds de terre par un labourage imperceptible et graduel ou le cas d'un individu qui creuserait secrètement un souterrain ou une cave dans le tréfonds de son voisin (31). La clandestinité est, au contraire, beaucoup plus fréquente en matière de possession mobilière. Elle intervient dans des hypothèses voisines de celles qui peuvent conduire à un vice d'équivoque. Il faut supposer qu'au décès d'une personne, un individu dissimule certaines valeurs, espérant bien que l'on ne les lui réclamera pas. Puis, devant l'insistance des héritiers, il prétendra les avoir reçues à titre de don manuel. La dissimulation, au moment notamment de la rédaction de l'inventaire, conduira à déclarer clandestine une telle possession et par conséquent à la rendre inapte à valoir comme présomption de propriété (32). La jurisprudence est cependant peu abondante, témoignant peut-être ainsi de la relative réussite des dissimulations ... !

D) La violence.

154. - 1°) En droit français, l'exigence d'une possession paisible résulte à la fois des articles 2229 et 2233 du Code civil. Que des voies de fait ou des menaces ne puissent fonder une possession utile, cela se conçoit aisément. Mais qu'advient-il d'une possession, paisible à son origine et qui ne se maintiendrait que par la violence ? A lire l'article 2233, seule est prohibée la violence qui accompagne la prise de possession (33). Cependant, les tribunaux, invoquant le terme "paisible" de l'article 2229 du Code civil, refusent de distin-

---

(31) MAZEAUD, op. cit., n° 1436 - PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 156 - RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 55.

(32) Req. 15 avril 1890, D. P. 1891, 1, 386 - NANCY 30 décembre 1891, Aix 3 février 1902 précités, note 24 - T. G. I. d'AVENES 30 mars 1971, G. P. 1972.I. S. p. 6.

(33) "Les actes de violence ne peuvent fonder non plus une possession capable d'opérer la prescription".

guer selon l'époque à laquelle est commise la violence (34). Mais doctrine et jurisprudence avaient proposé une double atténuation. Les auteurs tout d'abord ont suggéré que la violence postérieure à l'entrée en possession était indifférente lorsqu'elle constituait ce qu'on appelait une violence passive, où le possesseur se contentait de subir les voies de fait sans en commettre lui-même (35). Quant à la violence active, la jurisprudence estimait qu'elle pouvait être indifférente si elle avait été commise de loin en loin (36). Cette distinction n'était peut-être pas très réaliste : "il ne devrait y avoir de possession vicieuse que celle qui a été acquise par la violence" (37). C'est, semble-t-il, la solution qu'adoptent aujourd'hui les tribunaux. Ainsi, la Cour de cassation a accordé la réintégrande à un possesseur bien qu'il ait commencé par faire cesser le trouble de son propre fait, en détruisant des clôtures qui l'empêchaient d'utiliser son fonds. Certes, il s'agissait d'une violence active qui, ayant été isolée, pouvait être indifférente. Mais la Cour de cassation a pris soin de préciser qu'il fallait, de toute manière, tenir compte de la qualité de la possession à son origine (38).

---

(34) Civ. 26 août 1884, D. 1885, 1, 58.

(35) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 155 - AUBRY et RAU, op. cit., § 180, n° 88, note 34 - WEILL, op. cit., n° 413, note 4.

(36) Req. 24 mars 1868, D. 1869, 1, 83.

(37) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 155.

(38) Civ. 3°, 15 février 1968, D. 1968, 453, Rev. trim. dr. civ. 1968, 740, obs. BREDIN.

155. - 2°) La violence est le seul vice affectant la possession que connaisse le droit allemand (39). Encore faut-il souligner que ce dernier aborde le problème sous un angle quelque peu différent. Le § 858 du B. G. B. sert, en effet, autant à définir les actions possessoires qu'à en tirer les conséquences, c'est-à-dire l'existence d'une possession viciée (40). La notion de voie de fait sera donc plus large que celle de violence en ce sens qu'elle englobera aussi bien la dépossession que le simple trouble. Mais le texte parlant "de la possession ainsi obtenue", il faut supposer que le bien est passé entre les mains de l'auteur de la voie de fait. En l'occurrence, seul ce dernier aspect nous retiendra ici, et il faut reconnaître qu'il ne soulève guère de difficultés. A partir du moment où un individu use de la force pour se mettre en possession d'un bien, sa possession est "fehlerhaft" ; les auteurs s'accordent pour rattacher cette conséquence à la théorie générale des vices de la possession (41). De même, l'on ne retrouvera pas ici les distinctions souvent byzantines entre violence active et violence passive. Ce n'est pas que le § 858 les exclut, mais la possibilité pour le possesseur de se défendre par la force est expressément prévue par le § 859 du B. G. B. (42).

156. - Tels sont, en définitive, les quatres vices affectant la manière dont la possession se concrétise. Trois d'entre eux visent directement le corpus, seule l'équivoque parvient à un résultat quelque

---

(39) Cf. supra, n° 146.

(40) "Celui qui, sans le consentement du possesseur, le dépossède ou le trouble dans sa possession, commet un acte illégal à moins que la loi n'autorise cette dépossession ou ce trouble (voie de fait illicite). La possession obtenue par voie de fait illicite est entachée de vice ...".

(41) STAUDINGER, op. cit., § 858, 16, 1.

(42) "Le possesseur peut repousser par la force la voie de fait illicite". Cf. infra, n° 246.

Peu indirect, en retirant au corpus sa pleine signification, à raison d'un animus domini insuffisamment caractérisé. L'absence d'animus domini conduit le droit allemand, compte tenu de l'originalité de son propre système, à envisager un cinquième vice, dirigé cette fois contre le possesseur.

§ 2 : Le vice affectant le possesseur.

157. - Le vice personnel au possesseur a son origine dans le refus du législateur allemand de distinguer entre la possession et la détention précaire (43). Cette attitude a provoqué un partage de la possession entre le possesseur direct et le possesseur médiat (44). Mais dès le départ, il était évident que tous deux ne pouvaient se situer sur un même plan, sous peine de voir bientôt un conflit s'élever entre eux. Et cela n'aurait pas manqué d'être le cas en matière de prescription acquisitive. Comment allait-on tourner cette difficulté ? Le plus simplement du monde : il a suffi au B. G. B. de reprendre l'ancienne distinction, non pour marquer la frontière de la possession, mais pour l'insérer en son sein, afin qu'elle départage celui qui peut prescrire de celui qui ne le peut point. Ainsi l'animus domini, loin d'empêcher l'existence d'une véritable possession, n'en paralysera que certains de ses effets. N'est-ce pas là le propre de tout vice ? Si la réponse à cette interrogation est affirmative, elle doit cependant être précisée. Il a déjà été souligné qu'un tel vice se distinguerait d'abord de ceux rencontrés jusqu'à présent par le fait qu'il concernerait, non la possession, mais le possesseur. Rien de plus normal dans la perspective du droit allemand : la possession se réduisant à un seul élément constitutif, le corpus, tout ce qui pourrait concerner l'élément intentionnel ne saurait viser que le titulaire du pouvoir de maîtrise.

Mais, objectera-t-on, puisque précisément l'animus domini n'est pas un élément constitutif de la possession, comment sa défail-

(43) C'est de cette seule détention dont il sera ici question et non de la détention subordonnée qui exclut toute possession. Cf. supra, n° 133 et 146.

(44) Cf. supra, n° 135.

lance peut-elle la ruiner ? La réponse se trouve, notamment, dans le § 937 alinéa 1 du B. G. B. : "Celui qui possède en propre une chose pendant dix ans en acquiert la propriété" (Prescription acquisitive mobilière - Ersitzung). Comment possède-t-on en propre ? "Est possesseur à titre de propriétaire quiconque possède une chose comme lui appartenant", affirme le § 872 du B. G. B. . Aux termes de ce dernier paragraphe, la possession animo domini devient donc une qualité nécessaire à la prescription acquisitive. Seul pourra prescrire celui qui aura une possession à titre d'"Eigenbesitzer", ce qui n'est pas le cas du détenteur précaire qui, on l'a constaté, n'est possesseur que pour autrui ("Fremdbesitzer"). Ainsi l'originalité du droit allemand n'est pas tant d'avoir supprimé la distinction entre possession et détention, que d'avoir fait de l'animus domini une qualité de la possession (A), et, par conséquent, de la détention précaire, un vice (B).

A) L'animus domini, condition d'efficacité de la possession.

158. - A en croire un auteur français, le § 872 du B. G. B. n'est pas un retour à l'animus domini, car il se réfère "non pas à la volonté subjective du possesseur, mais bien au titre du possesseur ou à la causa possessionis, qui imprimera au rapport possessoire le caractère de possession en nom propre" (45). Cette affirmation ne nous paraît guère fondée. Certes, à la naissance du B. G. B., une controverse a opposé les auteurs allemands. La doctrine avait fait remarquer que l'on pouvait comprendre l'Eigenbesitz de deux manières. Il peut tout d'abord, effectivement, s'agir de la possession animo domini au sens où l'entend le droit français, mais on peut également la comprendre comme traduisant une apparence de propriété, sans aucune volonté concordante, donc sans animus domini. Cette deuxième explication aurait eu pour elle d'être apparemment conforme à l'esprit des textes allemands (46). Ceux-ci auraient, selon cette opinion, radicalement

(45) CORNIL "La distinction entre la possession et la détention", Rev. dr. int. et Leg. comp. 1904, 646, p. 651.

(47) AUERBACH "Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Dargelegt unter Berücksichtigung des römischen und deutschen Rechts", 1906, p. 2 et s.

supprimé tout animus domini. Mais dès lors, comment comprendre le § 872 ? Les partisans de cette thèse insistent pour qu'il soit pris à la lettre. Le texte n'employant pas le mot de "volonté", ce n'est jamais le possesseur qui possèdera animo domini, mais seulement la possession qui aura pour but de traduire l'exercice du droit de propriété (47). L' "Eigenbesitz" serait ainsi une notion totalement objective et le problème résolu parce que supprimé. En fait, comment peut-on soutenir qu'un possesseur peut avoir l'apparence d'un propriétaire, s'il n'a pas la volonté de créer un tel lien entre lui et la chose ? Et cette volonté ce n'est pas, comme on l'a prétendu, la possession qui peut l'avoir, mais le possesseur . Soutenir le contraire, c'est jouer sur les mots (48). Ce qui, bien entendu, n'est pas nécessaire, comme d'ailleurs en droit français, c'est l' "opinio domini" qui consisterait à se croire propriétaire du bien et qui confondrait l'élément intentionnel et la bonne foi du possesseur (49).

Il demeure, en fin de compte, que la doctrine considère bien, à l'heure actuelle, l'" Eigenbesitz" comme traduisant l'animus domini (50). La jurisprudence n'a jamais épousé les querelles doctrinales et, dès l'origine, sa position avait été très clairement définie en faveur de l'animus domini (51).

159. - Au regard des conditions posées par le § 854 alinéa 1, la possession animo domini n'est pas un mode particulier de possession.

---

(47) AUERBACH, ibidem, p. 21.

(48) MANIGK "Die Voraussetzungen des Eigenbesitzes nach § 872 B. G. B., Arch. Bürg. R. 25, p. 316, p. 318 et s.

(49) STROHAL, op. cit., (n° 108, note 98) p. 13.

(50) WOLFF-RAISER, op. cit., § 7, 1. - STAUDINGER, op. cit., § 872, 2 qui se réfère expressément à l'animus domini.

(51) R. G. 14 mars 1903, R. G. Z. 54, 133 (135) - R. G. 4 décembre 1912, R. G. Z. 81, 64 (66).

Son corpus étant identique à celui de tout possesseur, comment reconnaître l' "Eigenbesitz" ? La doctrine définit le possesseur en nom propre comme étant celui qui possède un bien comme s'il lui appartenait, c'est-à-dire avec la volonté d'exercer les pouvoirs d'un propriétaire (52). De la sorte, elle introduit un critère subjectif puisque cette définition dépend entièrement de l'intention du possesseur. Pourtant, le rôle de la volonté mérite d'être précisé. Il ne fait aucun doute qu'au moment de l'entrée en possession, c'est elle qui est déterminante pour colorer le corpus. A une exception près cependant : lorsque la possession découle d'un rapport juridique qui oblige le possesseur à restituer, il y a un dédoublement de la possession et la volonté du "détenteur-possesseur" est impuissante à créer à son profit une possession animo domini. Il est et restera possesseur direct pour autrui ("Fremdbesitzer") (53). Admettre le contraire serait permettre à la volonté du détenteur d'intervertir le titre de sa possession. Dans cette mesure, la possession du § 872 dépend effectivement de la causa possessionis (54), et, de purement subjectif, le critère tend à s'objectiviser.

Le recours à la volonté du possesseur soulève une dernière interrogation. Dans quelle mesure, conformément aux conceptions générales du B. G. B., l'animus domini ne doit-il pas se concrétiser aux yeux des tiers (55) ? Le Code civil allemand a, semble-t-il, réglé la difficulté en se plaçant sur le terrain de la preuve, du moins en ce qui concerne la possession mobilière. Le § 1006 du B. G. B. a une

---

(52) STAUDINGER, ibidem, § 858, 2 et s. - WESTERMANN, op. cit., § 12, II - WOLFF-RAISER, ibidem.

(53) Cf. supra sur le rôle de la volonté, n° 141.

(54) Cf. supra, n° 158 et note 45.

(55) Cf. MARTENS "Eigenbesitz als wirtschaftliches Eigentum", N. J. W. 1962, 1849.

double fonction (56) : la présomption qu'il édicte ne peut s'appliquer qu'à des possesseurs animo domini, mais elle est en même temps présomption d'une telle possession (57). C'est donc à celui qui invoquera l'existence d'une "Fremdbesitz" qu'il reviendra de la prouver et, à l'égard des tiers, toute possession est a priori une possession animo domini.

160. - En définitive, le § 872 du B. G. B. formule effectivement l'exigence d'un animus domini. Cependant, il n'en fixe pas le domaine qui doit être recherché dans d'autres dispositions, mais qui en fait se limite aux mécanismes de la prescription acquisitive (58). Et le B. G. B., adoptant sur ce point une démarche comparable à celle du Code civil, ne souffle mot du vice engendré par le défaut d'une telle qualité. Or, l'absence d'animus domini ne peut conduire qu'à envisager les hypothèses où un individu, tout en étant possesseur, ne peut prescrire à raison du droit qu'il reconnaît à un tiers.

B) La détention, vice de la possession.

161. - L'absence d'animus domini se traduit par une possession pour le compte d'autrui. En droit allemand, ce sont le plus souvent des cas où la loi française ne reconnaîtrait qu'une détention précaire. C'est dire que le critère d'un tel vice se situe dans la distinction entre possession et détention. Celui à qui l'animus domini fait défaut, possède, pour autant qu'il ait un pouvoir de maîtrise suffisamment caractérisé, mais certains effets de la possession lui sont fermés. La situation est exactement inverse de celle rencontrée en droit français. Le détenteur français doit justement sa qualité, ou plutôt son vice, à l'absence d'animus domini : la détention n'est plus un vice, car elle exclut la possession. En Allemagne, on ne peut parler de détention précaire, mais force est de constater qu'elle ressurgit, non dans son principe, mais dans ses effets. Dès lors, celui qui occupe la place qui serait celle d'un détenteur pré-

(56) "Il est présumé en faveur du possesseur d'une chose mobilière qu'il en est le propriétaire". Cf. infra, n° 392 et s.

(57) STAUDINGER, op. cit., § 858, 8.

(58) Cf. infra, n° 328 et s.

caire du droit français, voit sa possession simplement viciée.

162. - En pratique, le possesseur pour soi et le possesseur pour autrui se rencontrent lorsque s'opère un dédoublement de la possession, le possesseur médiat étant en principe seul possesseur animo domini. Mais tel n'est pas toujours le cas. Il faut se souvenir qu'une possession médiate peut elle-même se dédoubler (59). En présence d'un possesseur médiat, l'on ne peut donc assurer qu'il s'agisse effectivement d'un possesseur pour soi.

Il est vrai que la question se pose pour tout possesseur et que tout un chacun bénéficie de la présomption du § 1006 du B. G. B. . Le domaine de la possession pour autrui est ainsi plus large que celui du simple dédoublement de la possession : il englobe tous ceux qui usent d'une chose en vertu d'un titre qui les oblige à reconnaître un droit supérieur au leur, ceux que les auteurs appellent des "Nutzungsbesitzer" (60).

163. - Nul doute, en conclusion, que la solution allemande soit non seulement originale, mais également nécessaire à sauvegarder la cohérence du système. Considérer la détention comme un vice de la possession permet d'élargir à bon escient le domaine de la possession, tout en limitant ses conséquences. Plutôt que de voir dans la détention un obstacle à la possession, il paraît préférable de lui refuser certains effets. Aussi la frontière entre le détenteur et le possesseur passe-t-elle à l'intérieur de la possession. Ainsi comprise, la détention conduit à envisager des possesseurs de deux ordres : ceux qui jouissent pleinement des effets de la possession et ceux qui n'en bénéficient que partiellement. Il reste alors à déterminer, plus généralement, quels sont les effets paralysés par l'existence d'un vice.

Section II : PORTEE DE L'INEFFICACITE.

164. - Dans son principe, un vice n'atteint pas la posses-

(59) Cf. supra, n° 141.

(60) LENT, op. cit., § 5, I.

sion, mais uniquement ses effets. Cette affirmation quelque peu lapidaire devrait conduire à n'envisager que les conséquences de l'existence d'un vice (§ 2). Mais, en réalité, une autre démarche s'impose au préalable : un vice peut ne pas forcément être invoqué par quiconque ou peut finir par disparaître. Il convient donc de déterminer, dans un premier temps, le domaine de l'inefficacité (§ 1).

§ 1 : Domaine de l'inefficacité.

165. - Tous les vices n'ont pas la même portée, du moins en droit français. On estime ainsi généralement que deux d'entre eux, la violence et la clandestinité, sont des vices simplement relatifs : ils ne peuvent être invoqués que par ceux qui en ont été victimes. Seul celui qui a subi une violence pourra s'en prévaloir. On peut imaginer qu'un individu ait expulsé une personne qui prétendait avoir un droit sur un bien. Si, en définitive, il se révèle que le droit appartient à un tiers, la possession ne sera viciée qu'à l'égard de celui qui a été expulsé. Mais à l'égard de toute autre personne, y compris le véritable titulaire du droit, la possession retrouvera la plénitude de ses effets. Quant à la clandestinité, elle n'a d'intérêt qu'à l'égard de celui contre qui le possesseur prescrit. Ce vice sera donc opposable non pas à tous ceux qui ignorent la possession, mais seulement à celui qui a un intérêt à la connaître pour pouvoir s'y opposer (61).

A l'inverse, la discontinuité et l'équivoque sont des vices absolus. Lorsqu'elles sont établies, c'est toute la possession qui est remise en cause : il est donc normal que tout un chacun s'en prévale (62). Encore que l'on puisse douter de la portée pratique de cette règle : ainsi en cas de vice d'équivoque, le plus souvent ceux qui, à l'instar de l'héritier, agiront seront précisément ceux contre qui l'équivoque se retournerait. Le caractère absolu de ces vices augmente donc théoriquement le nombre de ceux qui pourraient contester

(61) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 155 et 156 - MAZEAUD, op. cit., n° 1437 - WEILL, op. cit., n° 388 et 389 - RODIERE, op. cit. (n° 10, note 11), n° 54 et 56.

(62) C'est bien ce qui avait pu faire douter de leur caractère de vice, cf. supra, n° 148 et 150.

la possession ; pratiquement seules les personnes intéressées agiront (63).

Les quatre vices ont cependant un point commun : ils sont tous temporaires. Pour la violence, la solution résulte de l'article 2233 alinéa 2 du Code civil : "la possession utile ne commence que lorsque la violence a cessé". En fait, cette règle peut se déduire de la nature juridique des vices, et c'est pourquoi elle ne saurait être limitée à la seule hypothèse prévue par la loi. Qu'il y ait violence ou clandestinité, le corpus comme l'animus existent : il suffit donc que le vice cesse pour que la possession retrouve toute sa plénitude. Les cas d'équivoque et de discontinuité sont plus originaux, tous deux s'attaquant à l'un des éléments constitutifs de la possession. Mais le vice peut prendre fin, soit que le corpus s'exerce à nouveau à un rythme normal, soit que le possesseur indique clairement son animus : à partir de ce moment, la possession renaît d'elle-même.

166. - En droit allemand, tracer le domaine des vices n'est utile que pour la violence. S'agissant de la détention précaire, la question est sans intérêt puisque le détenteur est possesseur. Donc, à l'égard des tiers comme à l'égard du possesseur médiat, il pourra opposer son droit à posséder la chose. Seule la prescription acquisitive lui demeurera fermée. De ce point de vue, il s'agit d'une situation temporaire, le possesseur pour autrui pouvant, sous certaines conditions, devenir possesseur animo domini (64).

Le vice de violence se sépare d'une certaine manière des conceptions françaises. Certes, il est également relatif, puisqu'il n'oppose que l'auteur du vice à sa victime. Cependant, le B. G. B.

---

(63) MAZEAUD, ibidem, n° 1443 - WEILL, ibidem, n° 387 et 390.
(64) Cf. supra, n° 141 et infra, n° 217.

a pris soin de préciser dans quelle mesure se transmettait le vice à ceux qui succédaient à l'auteur de la violence (65). A priori, il n'y a là rien qui ne se retrouve en droit français, lorsque celui-ci envisage la jonction des possessions. A un détail près pourtant : le mécanisme de la jonction des possessions n'intervient que dans le calcul des délais nécessaires à la prescription. A l'égard des autres effets de la possession, et notamment de la protection possessoire, on peut supposer que, si celui qui a été l'auteur de la violence cède la possession, l'acquéreur pourra invoquer le bénéfice de l'article 2233 alinéa 2 du Code civil et posséder utilement. De même, le vice peut disparaître dans la personne de l'ayant cause à titre universel, comme il pouvait disparaître dans celle du défunt (66). La disposition de l'alinéa 2 de § 858 a donc pour conséquence d'accroître le nombre de ceux dont la possession peut être viciée et elle n'a pas été sans soulever certaines discussions en doctrine, surtout à propos de l'ayant cause à titre particulier. A cet égard, le droit allemand use d'ailleurs d'une formule plus générale, puisqu'il envisage tous ceux qui "succèdent dans la possession" de l'auteur du vice ("Nachfolger im Besitz"). Ceux-ci verront leur possession viciée s'ils ont eu connaissance du vice de leur auteur au moment de l'entrée en possession. Il faut donc que chaque possesseur connaisse l'irrégularité de la possession de son prédécesseur. C'est là, en effet, la limite que la doctrine s'entend à fixer au § 858 alinéa 2. Le vice ne se transmet pas dès que le possesseur connaît la violence originaire ; il doit également connaître l'irrégularité de la possession de son auteur. La transmission du vice prend donc fin dès que l'un des successeurs à l'auteur de la violence ignore le vice, peu importe si, par

---

(65) § 858 alinéa 2" ... Celui qui succède dans la possession peut se voir opposer ce vice lorsqu'il est l'héritier du possesseur ou lorsqu'il a connu le caractère vicié de la possession au moment de son acquisition".

(66) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 719.

la suite, son propre successeur le connaît (67). De cette manière le vice est donc temporaire. Mais qu'advient-il si l'auteur de la violence conserve le bien ? Le B. G. B. ignore les dispositions de l'article 2233 alinéa 2 du Code civil. Faut-il supposer, dans ces conditions, que le vice demeure, à l'égard de la victime, perpétuel ? La réponse dépend des effets que l'on attachera à la violence (68).

---

(67) Si A est l'auteur de la violence et que la possession passe à B , puis à C, pour que C soit possesseur irrégulier, il faut que B et lui-même aient connu le vice. Si seul C le connaît, il sera néanmoins possesseur régulier : PALANDT, op. cit. § 858, 7 - MEYER, Der fehlerhafte Besitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch, 1910, p. 38 - SCHNEIDER, "Fragen des Besitzschutzes", J. R. 1961, 367 qui montre que la lettre de la loi peut conduire à des situations absurdes. A vend un véhicule à B et, avant que les papiers soient mis au nom de B, C vole le véhicule. La police, au vu des papiers, restitue le véhicule à A qui invoque alors à l'égard de B un droit de rétention. Pour que A soit possesseur irrégulier, il faut que la police l'ait été également, ce qui est le cas si l'on s'en tient à la lettre du § 858 alinéa 2 ; par conséquent le volé a une action possessoire contre la police ... Pour l'auteur c'est déformer le sens du § 858 alinéa 2 qui veut simplement empêcher que le dépossédé ne perde son action en cas de vente du bien à un tiers de mauvaise foi. Il faut donc interpréter restrictivement le § 858 et préciser que la possession n'est pas viciée si la loi ou le premier possesseur la justifie. Dans l'exemple choisi, la possession de la police est régulière puisque B en portant plainte y a consenti ; celle de A l'est également, ce qui ne préjuge pas de ses droits vis à vis de B.

(68) Cf. infra, n° 169.

167. - Le domaine de l'inefficacité est ainsi relativement restreint et les vices ont des caractères disparates. Relatifs ou absolus, l'essentiel est qu'ils demeurent temporaires, afin de ne pas constituer un obstacle définitif à la possession. Sur ce point, le vice de violence, tel qu'il est envisagé par le B. G. B., peut paraître constituer une exception, et si l'on y ajoute le rôle joué par la détention précaire, c'est la conception globale des vices qui, en droit allemand, apparaît comme singulière. Cette impression se confirme si l'on aborde l'examen des conséquences de l'inefficacité.

§ 2 : Effets de l'inefficacité.

168. - Les divergences dans l'idée que se font des vices les deux législations commandent de les étudier successivement.

En droit français, il est banal de dire qu'une possession viciée n'est pas une possession juridiquement utile. Les vices, s'ils ne touchent pas à l'existence de la possession la rendent totalement inefficace. C'est ainsi, et il s'agit là de la conséquence la plus évidente puisque directement issue des textes, que la possession viciée ne conduit pas à la prescription acquisitive. De même, elle ne saurait permettre à son titulaire de bénéficier de la présomption de propriété : dans l'hypothèse d'une action en revendication où ni le possesseur ni le revendiquant n'ont de titre, la possession ne triomphera que si elle est exempte de vices (69). Enfin, le possesseur violent ou clandestin se verra refuser toute protection possessoire, aux termes mêmes de l'article 23 du Code de Procédure civile.

Mais alors, que reste-t-il d'une telle possession ? Il convient de rappeler ici que certains vices, violence et clandestinité, sont relatifs. A l'égard de ceux qui n'en ont pas été victimes, la possession produit tous ses effets. D'autre part, il ne faut pas oublier que tous les vices sont temporaires : dès leur disparition, la possession retrouve son efficacité. De son côté, la jurisprudence fait échapper la réintégrande aux conditions de l'article 2239 du

(69) Cf. infra, n° 310.

Code civil. Elle ne requiert qu'une possession paisible et publique, les deux autres vices étant impuissants à empêcher le possesseur d'user d'une telle action (70). On ne voit d'ailleurs aucune raison de lui refuser une telle action, alors qu'elle est accordée au détenteur précaire.

Cependant, il n'en demeure pas moins que la portée des vices est relativement large en droit français : lorsqu'ils s'appliquent, toute la possession est paralysée. Telle n'est pas la solution du B.G.B.

169. - Le droit allemand a réservé à ses vices une portée relativement restreinte. Ainsi, la violence, loin d'aboutir à une paralysie complète de la possession, ne fait obstacle qu'à la protection possessoire. Plus exactement, celui qui est entré en possession par le biais d'un acte de violence ne peut user des actions possessoires s'il est à son tour dépossédé par la victime de cette violence. Contre lui peuvent être soulevées les exceptions des § 861 alinéa 2 et 862 alinéa 2 (71). Enfin, l'auteur d'une voie de fait s'expose à ce que le dépossédé use de la force pour reprendre le bien (72). Ce dernier inconvénient s'estompera rapidement puisque le possesseur dépossédé ne peut agir qu'en flagrant délit. Quant aux actions possessoires proprement dites, elles ne sont écartées pour l'auteur de la violence que temporairement. Tout dépend de la rapidité de la réaction de la victime. Si celle-ci exerce à son tour une voie de fait, le possesseur irrégulier ne peut pas user des actions possessoires si cette violence intervient moins d'un an après la violence initiale. Il faut donc qu'un intervalle de moins d'une année sépare la deuxième dépossession de

---

(70) MAZEAUD, op. cit., n° 1446 - WEILL, op. cit., n° 413.

(71) Le § 861 concerne le droit pour un possesseur à être réintégré en cas de voie de fait illicite et l'alinéa 2 précise : "ce droit est exclu lorsque la possession perdue était viciée par rapport au possesseur actuel ou à son auteur" ; la même exclusion vaut pour la complainte, § 862 du B.G.B.

(72) § 859 du B. G. B. ; cf. supra, n° 155 et infra, n° 246.

la première (73). C'est dire que loin d'être perpétuel, le vice de violence trouve sa limite dans les règles de l'action possessoire. La portée de la violence est donc soigneusement circonscrite, d'autant plus qu'étant un vice relatif, la protection possessoire demeure possible à l'égard de toute autre personne. De toute manière, la violence n'empêche pas la prescription acquisitive, sauf à la considérer comme traduisant la mauvaise foi du possesseur (74). Il y a là plus qu'une nuance, en comparaison des solutions françaises.

C'est précisément cette prescription que rend impossible le deuxième vice connu en droit allemand, la détention précaire. Mais c'est là son seul effet et cela se conçoit aisément. Le détenteur allemand étant possesseur, il bénéficie de tous les effets attachés au fait matériel de la possession, notamment de la protection possessoire. Ce ne sont que les conséquences qui se rattachent au droit possédé qu'écarte la détention précaire. Pratiquement cela ne permet pas au détenteur d'user de sa possession comme mode d'acquisition d'un droit réel. Mais cela seul lui est refusé.

Violence et détention précaire ont ainsi un domaine relativement restreint, du moins par rapport aux solutions françaises.

170. - Le tableau des différents effets attachés aux vices peut donner l'impression d'une mosaïque disparate où tout serait fonction des caractères propres à chaque vice, sans aucun principe directeur. Une telle conclusion serait trompeuse. Dans les deux législations, le but poursuivi est identique. Les vices ne doivent pas remettre en cause l'existence de la possession, mais uniquement certains de ses effets. Bien évidemment, ceux-ci seront fonction des vices adoptés par les deux systèmes. Mais on peut néanmoins leur reconnaître certains traits de ressemblance . Ce qui est mis en cause par un vice

---

(73) § 861, alinéa 2 du B. G. B. "Ce droit est exclu lorsque la possession perdue était viciée par rapport au possesseur actuel ou à son auteur et qu'elle a été acquise dans l'année précédant la dépossession". Le § 862 alinéa 2 contient une disposition analogue.

(74) Cf. infra, n° 405.

ne concerne-t-il pas le plus souvent le mécanisme de la prescription acquisitive et finalement sur ce terrain, les conditions ne seront-elles pas identiques dans les deux droits ? L'analogie ne doit pourtant pas être poursuivie trop avant. Ainsi, la violence, seul vice commun, n'a pas été comprise de la même manière et a un effet beaucoup plus restreint en droit allemand. En fin de compte, et c'est peut-être là, quant à la portée de l'inefficacité, le trait le plus marquant, aucun des vices allemands n'a une portée générale comme cela peut être le cas des vices français.

* *

171. - Même en tenant compte des divergences qui peuvent opposer les deux droits sur le terrain des qualités nécessaires à l'efficacité juridique de la possession, l'étude des vices apporte, à notre avis, une première atténuation à une opposition trop tranchée sur le terrain de la notion de possession. Ce n'est pas qu'il faille remettre en cause ce qui a été dit sur les choix propres à chacun des deux systèmes. L'on sait que l'un et l'autre se différencient radicalement, quant aux éléments constitutifs retenus pour caractériser la possession. La conséquence en est l'attribution de la possession au détenteur allemand. Cette antinomie fondamentale demeure intacte. Simplement l'étude des vices fait pressentir que cette opposition ne se retrouvera pas telle quelle au niveau des effets de la possession. Et l'exigence, dans certaines circonstances, d'une possession animo domini, en est un premier exemple. En faisant de la détention précaire un simple vice de la possession, le droit allemand aménage les principes qui gouvernent sa notion de possession, tout en les gardant saufs. La possession pour autrui est une véritable possession, mais elle est paralysée dans l'un de ses effets que la reconnaissance du droit d'un tiers qu'elle implique, rend impossible ou contradictoire. Aussi la théorie des vices appliquée à la détention permet-elle au législateur allemand de corriger ce que sa notion de possession a de trop large et de trop imprécis. Mais cet aménagement se fait de l'intérieur, sans que cette notion soit remise en cause, ce qui laisse inchangées les divergences, sur ce point, avec les vues françaises.

CHAPITRE IV : L'EXERCICE DE LA POSSESSION.

172. - Qui peut être possesseur ? De quelle manière acquiert-on ou perd-on la possession ? La réponse à ces deux questions permet de cerner les modalités d'exercice de la possession. Et déjà l'on peut deviner que les réponses des deux droits diffèreront profondément. L'exercice de la possession ne peut, en effet, se comprendre sans qu'il soit fait référence à la notion de possession, ou plus exactement sans que l'on tienne compte de ses éléments constitutifs. Or l'on sait que c'est précisément à propos de ces derniers que les deux législations sont en opposition totale. Il ne saurait donc y avoir de leur part une réponse commune, aussi bien en ce qui concerne le possesseur lui-même (Section I), qu'en ce qui a trait aux modes d'acquisition et de perte de la possession (Section II). Chacune raisonnant en fonction de ses propres conceptions, il est vain d'espérer quelque ressemblance entre les deux législations. Leur rapprochement est alors d'autant plus significatif, qu'il permet de souligner que la mise en oeuvre pratique des conceptions allemandes, aussi séduisantes soient-elles sur le plan des principes, présente souvent plus de difficultés que celle des concepts français.

Section I : LE POSSESSEUR.

173. - La personne même du titulaire du corpus n'occupe que rarement le premier plan. Le plus souvent, d'ailleurs, les difficultés ne se situent pas de son côté. C'est du moins le cas dans le Code ci-

vil. Que le possesseur soit une personne physique ou une personne morale, qu'il agisse seul ou qu'il s'en trouve plusieurs pour posséder, il n'y a là guère plus de difficultés que pour l'exercice de tout droit réel. A dire vrai, il n'y en a aucune qui soit spécifique ; toutes ces modalités existant pour n'importe quel droit réel, il est normal qu'elles se retrouvent dans l'exercice du corpus. En Allemagne, l'absence de lien entre la possession et les droits réels ne permet pas de poursuivre un raisonnement similaire. Le corpus impliquant dans sa réalisation concrète l'idée d'une domination exclusive sur un bien, la situation du possesseur ne peut plus être différenciée par son contenu. Aussi convient-il d'apporter sur ce point des solutions spécifiques qui ne sauraient découler d'une analogie avec les droits réels, dans la mesure où le corpus n'est pas l'exercice de fait de tels droits. Cette opposition entre les deux législations, qui n'est en réalité qu'une conséquence de divergences plus profondes, concerne aussi bien la personne même du possesseur (§ 1), que certaines particularités qui peuvent exister selon qu'il y a un possesseur unique ou une pluralité de possesseurs (§ 2).

§ 1 : La personne du possesseur.

174. - Lorsque l'on parle du possesseur, l'on songe tout naturellement à une personne physique. C'est, sans nul doute, la situation la plus courante et, partant, la plus banale. A tel point, qu'aucun auteur français ne se pose à son sujet de questions particulières, ne serait-ce que pour envisager la possibilité d'une possession pour les personnes morales. Ce n'est pas parce qu'une telle possession est exclue, mais plutôt parce que la question ne mérite pas d'être posée.

Dans la conception romaine, dont on sait que le Code civil s'est directement inspiré, il s'est produit un glissement de l'objet de la possession. De la possession d'un bien, on est passé à celle d'un droit sur ce bien, tout en se limitant aux seuls droits réels (1). La quasi-possession va, ainsi, permettre de dissocier le

(1) Cf. supra, n° 10.

droit du fait, en obligeant le corpus à traduire, non pas n'importe quel pouvoir de fait, mais l'exercice de fait d'un droit réel. Dans une certaine mesure, la référence au droit possédé modèle le contenu du corpus au profit d'une intellectualisation du pouvoir de fait et au détriment du simple rapport physique. Le comportement effectif et apparent du possesseur doit être celui qu'aurait le véritable titulaire du droit possédé. Rien ne s'oppose donc à ce qu'une personne morale possède un droit, dont par ailleurs elle pourrait être titulaire. Son corpus, à l'image du droit réel qu'elle entend posséder, pourra être interprété de la même manière que celui d'une personne physique et conduire aux mêmes effets. La distorsion entre la chose et le droit introduite par la quasi-possession et la relation plus générale entre possession et droit réel offre ainsi, sans discussion, la possibilité d'une possession pour les personnes morales.

175. - Il n'en va pas de même, et de loin, dans le système du B. G. B. . La "tatsächliche Sachherrschaft" n'implique aucune référence à un droit quelconque : elle n'est pas conçue comme le décalque d'un droit dont elle serait la manifestation concrète (2). Se trouve, ainsi, concernée la seule relation physique entre le possesseur et la chose. Si cette relation ne fait aucun doute lorsque le corpus est exercé par une personne physique, elle est beaucoup plus difficilement concevable de la part d'une personne morale. En droit allemand, est possesseur celui qui apparaît comme tel aux yeux des tiers. Or lorsqu'un individu exerce un pouvoir sur un bien, comment les tiers se rendront-ils compte qu'il agit, non pour lui, mais pour le compte d'une personne morale ? La réponse est d'autant plus difficile à fournir que la nature du pouvoir de maîtrise interdit de recourir au mécanisme de la représentation (3). A priori donc, en présence de quelqu'un agissant pour le compte d'une personne morale, il n'est guère possible de ne pas lui appliquer le § 854 alinéa 1 du B. G. B. et par conséquent de le considérer comme possesseur, lui et non la personne morale.

---

(2) Cf. supra, n° 22 et s.

(3) Cf. infra, n° 205.

176. - Le droit allemand s'est pourtant rallié à une autre solution. La question fut largement débattue en doctrine (4). Un point, cependant, fait l'unanimité : seule la personne morale possède et non ceux qui exercent effectivement le corpus. A l'égard de ces derniers, trois solutions pouvaient être envisagées, selon que les organes d'une personne morale étaient considérés comme des détenteurs subordonnés, des possesseurs directs intermédiaires ("Besitzmittler") ou comme échappant totalement à la possession. La première opinion a été peu défendue et, pourtant, il était séduisant de concevoir ceux qui exercent des fonctions au sein d'une personne morale, comme étant de simples détenteurs subordonnés, leur pouvoir de fait ne pouvant conduire qu'à la possession de la personne morale (5). Cette thèse a pourtant été abandonnée. Celui qui exerce un pouvoir de maîtrise de par ses fonctions au sein d'une personne morale, doit être considéré comme le représentant légal de cette dernière. Il est par conséquent difficile, voire impossible, de l'enfermer dans le lien de subordination qui caractérise la détention subordonnée (6).

La deuxième opinion est, en quelque sorte, une tentative de conciliation des solutions extrêmes, dans la mesure où elle accorde la possession tout à la fois à la personne morale et à ses représentants légaux. Ce résultat est acquis en recourant à ce mécanisme très particulier et propre au droit allemand, qu'est le dédoublement de la possession (7). Il s'agit donc de considérer ceux qui exercent la "Gewalt" comme des détenteurs précaires vis à vis de la personne morale, celle-ci étant possesseur médiat. Cette analyse est fort contestable. Le

---

(4) Cf. GÖPPNER, Besitzverhältnis bei Personalgesellschaft, Diss., Munich 1970.

(5) MÜLLER-ERZBACH, op. cit. (n° 128, note 157), p. 32.

(6) EICHLER, op. cit., p. 33.

(7) Cf. supra, n° 135 et s.

dédoublement de la possession est un mécanisme aux exigences et à la finalité bien définies. Il repose sur une situation juridique tout à fait particulière, la "Besitzmittlungsverhältnis". Or cette situation ne se retrouve pas dans les rapports entre une personne morale et l'un de ses membres. En outre, cette thèse aboutit à nier le pouvoir de maîtrise dont continue de disposer la personne morale, alors qu'en principe tant que dure le dédoublement de la possession, le corpus est aux seules mains du possesseur direct (8). Pas plus qu'il ne peut être considéré comme un "Besitzdiener", le membre d'une personne morale ne peut donc faire figure de possesseur direct intermédiaire (9).

La majorité des auteurs se rallie à une troisième solution. Sans nuance aucune, elle consiste à ne considérer comme possesseur que la personne morale et à faire échapper au jeu normal des règles de la possession ceux qui exercent directement le pouvoir de fait. Ce pouvoir, il est vrai, ils ne l'ont pas de leur propre initiative et c'est ce qui fonde cette thèse. Toute personne morale se compose d'un certain nombre d'organes. Lorsque ceux-ci agissent, ce n'est pas en vertu d'un pouvoir qui leur est propre, mais en fonction des pouvoirs que leur reconnaissent les statuts. L'organe d'une personne morale agit dans le cadre d'une fonction ; celle-ci seule détermine l'effectivité de son action, sans que soit posé le problème de sa possession. La référence ainsi fait au mécanisme général des personnes morales permet d'écarter pour leurs membres l'idée d'une détention subordonnée ou d'un dédoublement de la possession. Il est évident qu'aucun lien de subordination ne résulte de l'application même des statuts. De même, l'organe qui exerce un pouvoir de maîtrise ne peut être possesseur direct, sa fonction ne résultant pas d'une "Besitzmittlungsverhältnis", mais d'une situation créée par les statuts. Ainsi, le cor-

(8) WESTERMANN, op. cit., § 20, II.

(9) WESTERMANN, ibidem - SOERGEL, op. cit., § 854, 11 - PLANCK-BRODMANN, op. cit., § 854, 5 - HECK, op. cit., § 18, V. Cela n'exclut pas que, dans certaines circonstances, il se crée entre la personne morale et son représentant un dédoublement de la possession ; tel est le cas si le représentant détient le bien en vertu d'un contrat de dépôt : R.G.R. - Kom. op. cit., § 854, 19.

pus des membres d'une personne morale devra-t-il être entièrement imputé à cette dernière (10).

177. - Pourtant, certaines difficultés subsistent. Elles concernent les sociétés et leurs associés. A l'égard des sociétés relevant du droit civil, la situation est relativement simple. Aux termes du § 718 du B. G. B., "les apports des associés et les objets acquis par la gestion même de la société deviennent le patrimoine commun des associés". Par conséquent, les associés sont en situation d'indivision et il faut leur reconnaître à chacun la qualité de possesseur (11). La discussion demeure plus ouverte pour les sociétés commerciales. Faut-il leur appliquer les règles des personnes morales ou faut-il s'en écarter ? S'agissant des sociétés en nom collectif ("Offene Handelsgesellschaft" ; O. G. H.), la réponse a été donnée par la Cour Fédérale de Justice en 1970. Dans l'espèce qui lui avait été soumise, elle a estimé qu'une telle société pouvait opposer le § 986 du B. G. B. à une action en revendication dirigée contre elle (12). C'était lui reconnaître la qualité de possesseur. Cette solution n'est pas surprenante, à partir du moment où dans les sociétés de personnes, la Cour semble s'inspirer des règles de l'indivision. C'est ainsi qu'elle a admis l'action en revendication dirigée contre un seul des associés, pour peu que celui-ci dispose du pouvoir de maîtrise (13). Dans de telles circonstances, en fait chaque fois que s'appliquent les règles de l'indivision, il y aurait possession de la personne morale et possession des associés, la première dérivant de la seconde (14).

---

(10) WESTERMANN, op. cit. § 20, II - EICHLER, op. cit., p. 34 - PALANDT, op. cit. § 854, 5 - R. G. R. Kom., op. cit. § 854, 19 - HEDEMANN, op. cit., § 6, II,-d. - SOERGEL, op. cit., § 854, 11.

(11) R. G. R. - Kom. op. cit., § 854, 19.

(12) B. G. H. 26 mai1967, J. Z. 1968, 69, note critique de STEINDORFF.

(13) B. G. H. 29 janvier 1969, J. Z. 1970, 105, note STEINDORFF.

(14) C'est, d'ailleurs, dans cette seule hypothèse que STEINDORFF admet qu'une personne morale puisse être possesseur ; note précitée n°13.

La Cour Fédérale de Justice a ensuite eu l'occasion d'examiner la situation des membres d'une Gmb. H. et d'une CO.KG ("Gesellschaft mit beschränkter Haftung - S. A. R. L. ; et "Kommanditgesellschaft" -Société en commandite simple). Un associé, gérant et commanditaire, invoquait l'action en réintégrande pour obtenir la restitution d'une machine vendue, sans son consentement, par deux autres associés gérants. Cette fois, la Cour s'inspira des règles concernant les personnes morales. Elle a donc rejeté la demande, en refusant à l'associé la qualité de possesseur (15). Aux yeux de la B. G. H.,la solution contraire aurait été trop dangereuse à l'égard des tiers. Les deux autres associés, en vendant le bien, exerçaient un pouvoir inhérent à leur fonction et, au surplus, le § 126 alinéa 2 du H. G. B. ("Handelsgesetzbuch", Code de commerce) précise que "toute limitation du pouvoir de représentation demeure sans effet au regard des tiers...".

178. - Toutes ces solutions ont un trait commun. Chaque fois que le pouvoir de fait exercé par un individu s'explique non par sa volonté, mais par les fonctions qu'il peut occuper au sein d'une personne morale, seule cette dernière est possesseur. En revanche, lorsqu'une personne a un pouvoir de maîtrise en fonction d'un droit direct qui lui est propre, la qualité de possesseur doit lui être reconnu. Tel est le cas lorsqu'une indivision unit plusieurs associés et qu'il est alors possible de considérer chacun d'eux comme possesseur, en même temps que la personne morale que forme cette indivision.

§ 2 : Les modalités concernant le possesseur.

179. - Les modalités pouvant affecter la possession conduisent essentiellement à distinguer selon que le corpus est le fait d'un possesseur unique ou de plusieurs individus. A cet égard, il convient, là aussi, d'insister sur les solutions allemandes. Certes, le droit français n'ignore pas de telles situations, mais elles se règlent d'elles-mêmes, en fonction du droit possédé. Tout droit réel pouvant être attribué soit à un seul individu, soit à plusieurs, la possession se contente de reprendre à son compte ces différentes possibilités.

(15) B. G. H. 27 octobre 1971, B. G. H. Z. 57, 166 ; N.J.W. 1972, 43 ; M.D.R. 1972, 140 ; J. Z. 1972, 213 ; L. M. § 854, nº 5/6 note BRAXMAIER ; J. R. 1972, 115, note SCHWERDTNER.

En Allemagne, au contraire, la situation du possesseur doit être précisée, compte tenu de la nature particulière du corpus qui à lui seul définit la possession.

180. - Lorsqu'une seule personne exerce le corpus, sa situation n'engendre aucune difficulté particulière en droit français. Mais, dans le cadre du B. G. B., le cas du possesseur unique ("Alleinbesitzer") mérite d'être approfondi. Ce n'est pas que cette situation entraîne des complications insurmontables ; le plus souvent même, elle se rapprochera fort de la situation française. Il faut simplement souligner qu'au regard des conceptions allemandes, la possession unique n'est pas exclue en cas de dédoublement de la possession. Possession unique ne signifie donc pas qu'un individu ait seul la qualité de possesseur. On est possesseur unique à partir du moment où l'on est seul à son niveau sur l'échelle des possessions. Ainsi le possesseur direct intermédiaire ("Besitzmittler") est un possesseur unique, comme l'est le possesseur médiat qui se trouve au-dessus de lui.

Les difficultés existent, cependant, dans la mesure où le B. G. B. connaît une situation intermédiaire entre la possession unique et la copossession. Puisque la possession n'est rien d'autre que l'exercice d'un pouvoir de fait, exercice détaché de toute référence à un droit quelconque, l'on peut concevoir que deux individus exercent sur un même bien le corpus, mais d'une manière ou à des titres différents. C'est ce que le B. G. B. désigne par l'expression de "possession partielle" ("Teilbesitz") (16). Elle suppose deux possessions s'exerçant sur des parties différentes d'un même bien et reconnues comme telles par l'opinion publique (17). Elle existe lorsqu'un même bien peut faire l'objet de deux types de possession. Ainsi, les murs d'une maison sont-ils susceptibles d'être possédés à la fois par le propriétaire de l'immeuble et par celui qui aurait acquis sur eux un droit, tel celui d'y apposer un placard publicitaire ou une ensei-

(16) La "Teilbesitz" est prévue par le § 865 du B. G. B. qui cependant, se contente de préciser qu'elle peut faire l'objet d'une protection possessoire, sans la définir plus avant.

(17) PALANDT, op. cit., § 865, 1.

gne lumineuse (18). La possession partielle est également concevable, lorsqu'un bien est divisé entre plusieurs personnes. Le § 865 du B.G.B. renvoie expressément à cette hypothèse, puisqu'il envisage la possession des locataires au sein d'un immeuble collectif. Mais, si la possession de son appartement par un locataire est une possession partielle, celle des parties communes réalise une copossession (19). Il n'y a donc pas loin de la possession partielle à la copossession.

Cependant, en fin de compte, la possession partielle est beaucoup plus proche de la possession unique que de la copossession. Tout comme n'importe quel "Alleinbesitzer", celui qui possède partiellement est seul à posséder de cette manière la partie du bien concernée. Dans la copossession, ce qui est partagé, c'est le pouvoir de maîtrise, alors que dans la possession partielle, il s'agit du partage de l'objet de ce pouvoir. Ainsi, sur un même bien, chacun des possesseurs partiels est-il également possesseur unique, ce qui permet d'envisager la possession partielle comme une simple modalité de la possession unique ("Teilalleinbesitz") (20).

C'est bien donc l'absence de toute référence à un droit quelconque dans l'exercice du pouvoir de maîtrise qui permet au B. G. B. d'envisager une possession de ce type. En droit français, cette solution serait inconcevable. Certes, deux personnes peuvent posséder un même bien à des titres différents, l'une possédant par exemple à titre de propriétaire, l'autre en vertu d'un démembrement de la propriété. Mais la possession n'est partagée que parce que le droit l'est également. En réalité, le Code civil ne peut concevoir qu'une copossession.

181. - En droit français, nul ne s'étonnera que la copossession soit étroitement dépendante, soit d'une situation d'indivision, soit d'une situation de copropriété. Là encore, ce sont les modalités du droit que l'on entend posséder qui façonneront la possession.

---

(18) R. G. 26 octobre 1912 R. G. Z. 80, 281 qui est peu convainquant, puisqu'il lui arrive de parler de copossession.

(19) STAUDINGER, op. cit., § 865, 2, a.

(20) WESTERMANN, op. cit., § 11, II, 2 - BAUR, op. cit., § 7, B, II, 1, b.

Il n'est pas plus étonnant de retrouver en Allemagne des difficultés du même ordre que celles rencontrées par "l'Alleinbesitz". Comment peut-on concevoir une copossession lorsque la possession ne traduit pas l'exercice d'un droit, mais se réduit à une "Gewalt" ? Au regard du § 854 alinéa 1 du B. G. B., c'est l'existence même d'une copossession qui peut paraître surprenante et qui, en tous cas, soulèvera plus de difficultés qu'en France.

De la même manière que pour la possession partielle, le B.G.B. n'envisage dans son§ 866 que la protection de la copossession, sans pour autant la définir (21). Or elle est une situation pour le moins complexe et qui demande, tout d'abord, à être justifiée. A cet effet, il convient de remonter à la source de la possession. Celle-ci n'étant qu'une maîtrise de fait, la seule chose qui soit concevable à son égard est le partage de son exercice. L'objet de la copossession se trouve être ainsi délimité au seul partage de l'exercice du pouvoir de fait et non au partage du pouvoir lui-même. Ainsi, chaque copossesseur possède-t-il la chose, son droit étant limité par celui des autres copossesseurs (22). Cette analyse réalise, dans ses critères, un glissement de l'état de fait vers l'état de droit. Si ce n'est pas le pouvoir qui est divisible, mais son exercice, c'est qu'en réalité la copossession est fondée sur le droit de chaque copossesseur. Il y a une maîtrise unique, dont l'exercice est partagé selon les droits respectifs de chacun. C'est dire que l'on se trouve, de ce point de vue, très proche du mécanisme français. On a été, en effet, contraint de se référer au droit qui fonde la possession, parce que la "Gewalt" à elle seule empêchait toute copossession.

182. - Cette approche est insuffisante à cause des multiples

---

(21) "Si plusieurs personnes possèdent une chose en commun la protection de la possession ne joue pas entre elles quant aux limites de l'usage revenant à chacune d'elles".

(22) R. G. 6 février 1885, R. G. Z. 13, 172 (179) - M. WOLFF, "Der Mitbesitz nach dem Rechte des B. G. B. für das deutsche Reich", Dogm. J. 44, p. 143 p. 157 - SOERGEL, op. cit., § 866 ,1.

aspects que peut revêtir la copossession (23). En fait, deux situations sont à envisager. Dans la première, chaque copossesseur peut exercer seul son corpus, sous réserve de tenir compte du droit des autres. Il s'agit alors d'une copossession simple ("schlichter Mitbesitz"), encore appelée copossession commune. Elle correspond, notamment, à la possession qu'exercent tous les locataires d'un immeuble sur les parties communes ou à l'hypothèse d'un détenteur subordonné qui serait utilisé par deux possesseurs médiats (24). Dans la seconde hypothèse, tous les copossesseurs doivent agir ensemble. Le pouvoir de maîtrise, s'il est partagé, demeure en quelque sorte indivis (Copossession indivise - "Mitbesitz zur gesamten Hand"). Le corpus appartient non pas à chacun des copossesseurs, mais à l'indivision qu'ils forment ensemble; tout se passe donc comme s'il n'y avait qu'un seul possesseur. Il en résulte qu'il y aura copossession indivise chaque fois qu'une indivision unira les copossesseurs. Elle se rencontrera également chaque fois qu'un possesseur direct devra restituer un bien, en même temps, à deux possesseurs médiats ou lorsqu'un "Besitzdiener" ne devra se soumettre qu'aux ordres communs de deux "Besitzherr".

La distinction entre ces deux types de copossession peut se traduire de la manière suivante : lorsque l'on est en présence d'une copossession simple, il y a une possession individuelle. Au contraire, dans la deuxième hypothèse, copossession et possession sont indivis. En principe, la distinction est indépendante de la situation juridique qui est à son origine. La copossession, comme toute possession, n'est pas nécessairement l'expression de la situation juridique véritable. Ainsi, en cas d'indivision, il y a le plus souvent copossession indivise, mais ce peut n'être pas le cas, notamment lorsque l'indivision délègue à l'un de ses membres l'exercice du pouvoir de fait.

---

(23) Un auteur stigmatise la copossession en ces termes : "Das Chamäleon unter den Besitzbegriffen", HECK, op. cit., § 15, 2.

(24) STAUDINGER, op. cit., § 866, 7, d. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 9, - BAUR, op. cit., p. 63 - HECK, op. cit., § 15, 3 - SOERGEL, op. cit., § 866, 2 - V. GIERKE, op. cit., § 6, IV qui utilise le terme de copossession multiple ("Vervielfältigender Mitbesitz") - STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 113. - M. WOLFF, op. cit. (n° 181, note 20) p. 160.

Tout dépend de la manière dont s'exprime le corpus ; il est cependant certain que les règles juridiques peuvent avoir une influence décisive sur la modalité de la copossession. Il en est, ainsi, des sociétés relevant du § 718 du B. G. B. (25), où les associés sont considérés comme des copossesseurs indivis (26). Mais, en règle générale, on s'en tient à une analyse objective de l'exercice du pouvoir de maîtrise pour déterminer s'il y a copossession commune ou copossession indivise (27).

183. - Certaines situations ne se prêtent pas aisément à cette classification, d'autant plus qu'à partir d'un élément matériel identique, possession partielle, copossession simple et copossession indivise peuvent toutes trois se rencontrer. Ainsi, lorsque deux personnes sont copropriétaires d'un terrain, chacune pour moitié, si elles ne peuvent l'utiliser que pour moitié, elles sont possesseurs partiels. Si chacune peut utiliser le tout, il y a copossession simple. La copossession indivise n'existera que si toutes deux ne peuvent agir qu'ensemble (28).

Le rôle de la copossession doit également être précisé à l'égard des époux. La règle de l'égalité voudrait que chacun soit possesseur en propre des biens qui lui appartiennent et copossesseur des biens communs. Lorsque le mari administre ses biens et ceux de sa femme, il est possesseur unique et direct, sa femme conservant la possession médiate (29). Cependant, doctrine et jurisprudence ont admis très rapidement que la possession des époux ne découlait pas des pouvoirs du régime matrimonial, mais des nécessités de la vie courante. Il y

(25) Cf. supra, n° 177.

(26) SOERGEL, op. cit., § 866, 2.

(27) WOLFF-RAISER, op. cit., § 9, II - M. WOLFF, op. cit. (n° 181, note 20), p. 163.

(28) BAUR, op. cit., § 7, D, II, 1.

(29) WOLFF-RAISER, op. cit., p. 37.

aura ainsi copossession simple pour tout ce que les époux utilisent en commun, sans que l'on tienne compte de la nature propre ou commune du bien (30). Dans le même esprit, les époux sont réputés être copossesseurs du logement familial (31).

A côté des régimes matrimoniaux, la pratique s'est heurtée à une autre difficulté qui a trait au contrat de location de coffre-fort dans une banque. Cette question a conduit la doctrine, et dans une moindre mesure les tribunaux, à poser un certain nombre de distinctions. Il est, en premier lieu, certain que le contrat par lequel le coffre est mis à la disposition du client est un contrat de location et non de dépôt (32). De même, le client est certainement seul possesseur direct et unique du contenu du coffre, même si la banque en détient la clef, car cette mesure ne vise qu'à la protection du client et ne donne aucun droit à la banque. Quant à la chambre forte, il y a copossession entre la banque et les clients alors que, de ce point de vue, pour le compartiment loué, les clients ont une possession partielle (33). Cet exemple illustre, s'il en était besoin, la complexité sur certains points du système allemand.

---

(30) O. L. G. Celle 20 novembre 1970 ; FamRZ 1971, 28 - La règle vaut également pour les régimes de séparation de biens : B. G. H. 26 février 1954. B. G. H. Z. 12, 380 (398).

(31) L. G. Tübingen 15 juillet 1964, N. J. W. 1964, 2021 ; J. Z. 1965, 107, note BAUR : il importe peu de connaître l'époux qui a signé le bail. Cependant, la copossession n'a pas pour résultat de rendre les époux cotitulaires du droit au bail. Ainsi, dans l'espèce présente, il a été admis qu'il suffisait que le propriétaire donne congé à l'époux contractant.
Cela s'explique par le fait que la copossession de l'époux non contractant a pour origine celle de l'époux contractant. S'il est mis fin à la situation ayant fondé la possession de l'époux contractant, la copossession disparaît également.

(32) R. G. 27 octobre 1924, R. G. Z. 141, 99.

(33) STAUDINGER, op. cit., § 866, 4 - R. G. R. - Kom., op. cit., § 866, 6.

Il convient, enfin, de résoudre une dernière difficulté soulevée par la copossession. Celle-ci est-elle possible entre des possesseurs de différents degrés ? Une certitude : lorsqu'un dédoublement de la possession, au sens du § 868 du B. G. B. est réalisé, il ne peut y avoir copossession entre le possesseur direct et le possesseur médiat. Mais qu'advient-il si une telle situation n'existe pas ? Lorsque deux personnes sont propriétaires d'un bien, peut-on admettre que toutes deux étant copossesseurs, l'une soit possesseur direct et l'autre possesseur médiat ? Baur s'appuie sur l'exemple suivant (34) : deux personnes achètent en commun un véhicule. L'une d'entre elles le place dans son garage, dont elle est la seule à avoir les clefs, mais il a été convenu que le véhicule ne pouvait être utilisé que d'un commun accord. Pour l'auteur, il faut reconnaître au propriétaire du garage une possession directe pour partie à titre d' "Eigenbesitzer", pour partie à titre de "Fremdbesitzer". Baur note que tout dépend de la volonté de celui qui garde le véhicule. Il a, d'une part, la volonté d'être possesseur à titre de propriétaire, et comme cette volonté coïncide avec le pouvoir de fait, il est possesseur direct. Mais, d'autre part, il a également la volonté de n'user du véhicule qu'avec l'accord de l'autre propriétaire. Dans une certaine mesure, il garde donc le véhicule pour le compte de ce dernier. Aux yeux de Baur, c'est là une des situations analogues au § 868 du B. G. B. qui détermine les conditions d'un dédoublement de la possession (35). Entre les deux copropriétaires, il y aurait une possession médiate qui concernerait deux possesseurs à titre de propriétaire et qui serait à l'origine d'une copossession entre des possesseurs situés à des degrés différents. Hummel développe une thèse analogue, en se fondant sur l'exemple d'un violon appartenant à deux musiciens et que l'un d'eux aurait emporté en tournée (36). Par analogie avec le § 868 du B. G. B., cet auteur estime que sur un

---

(34) BAUR, "Gestufter Mitbesitz am Brief bei Teilgrundpfandrechten", N. J. W. 1967, 22.

(35) Cf. supra, n° 136 et s.

(36) HUMMEL, "Gleichstufigkeit bei Mitbesitz", M. D. R. 1967, 967.

même bien, il peut se trouver deux copossesseurs à titre de propriétaire, l'un possesseur médiat, l'autre possesseur direct.

L'intérêt de cette discussion se limite, en fait, au seul plan théorique et les solutions avancées font naître certains doutes. Il est, tout d'abord, surprenant de vouloir raisonner par analogie avec le § 868, alors que précisément lorsqu'il s'applique, toute idée de copossession doit être écartée. Ensuite, ces constructions doctrinales paraissent quelque peu artificielles ; elles reposent moins sur les principes de la copossession, que sur le droit qui est en copropriété.

184. - L'impression que l'on ressent devant certaines solutions allemandes, tant en ce qui concerne la personne du possesseur que les modalités pouvant l'affecter, est celle d'une complexité certaine. Mais celle-ci est pratiquement rendue inévitable par la conception allemande de la possession. Définir le corpus par un pouvoir de maîtrise et faire de lui le seul élément constitutif de la possession, a pour conséquence d'élargir au maximum le nombre de ceux qui peuvent s'en prévaloir. Il en résulte des situations multiples et variées à l'infini qui, au regard de la théorie générale de la possession, doivent faire l'objet d'un examen particulier. Cependant, si cet examen est rendu nécessaire par l'imprécision des concepts utilisés par le B. G. B., et notamment par le § 854 alinéa 1, il apparaît pourtant trop souvent comme conduisant à envisager la possession de manière trop abstraite. De ce point de vue, le système français, par le lien qu'il établit entre la possession et les droits réels, a le mérite d'une plus grande cohérence et d'une relative simplicité.

Section II : L'ACQUISITION ET LA PERTE DE LA POSSESSION.

185. - Les règles relatives à l'acquisition et à la perte de la possession sont tributaires, elles aussi, des concepts adoptés par chacun des deux droits. A vrai dire, cette remarque vaut surtout pour

les mécanismes régissant l'acquisition de la possession. On y retrouve, et cela est aisément compréhensible, l'écho de toutes les divergences sur les éléments constitutifs (§ 1). En ce qui concerne la perte de la possession, l'opposition entre le Code civil et le B. G. B. n'est plus du même ordre. Elle se traduit essentiellement par une divergence d'ordre formel dans la mesure où le B. G. B. seul régit cette situation par un texte spécial.

§ 1 : Acquisition de la possession.

186. - L'acquisition de la possession suppose réunis, à l'égard d'une seule et même personne, les éléments constitutifs qui la composent. Cependant, il n'est pas nécessaire que l'individu intéressé agisse de lui-même, même s'il s'agit de la situation la plus courante (A). On peut concevoir qu'il acquiert la possession par l'intermédiaire d'un tiers (B). Cette possibilité ne peut être envisagée, sans difficultés, qu'en droit français. En Allemagne, il est plus difficile de concevoir l'acquisition de la possession par un tiers dans la mesure où, si ce tiers exerce le pouvoir de maîtrise, c'est lui qui doit être considéré comme possesseur.

A) Acquisition par le possesseur.

187. - Le possesseur doit réunir sur sa tête les différents éléments constitutifs de la possession. Or ces éléments diffèrent dans les deux droits (37). Les modes d'acquisition rendront compte de cette opposition et différeront nécessairement, selon que la possession est faite d'un corpus et d'un animus ou selon qu'elle se réduit à un corpus seul. Dans la première hypothèse, c'est la réunion des deux éléments qui importe (1°), alors que dans la seconde (2°) seules comptent les conditions qui ont trait au corpus.

1°) Le système du droit français.

(37) Cf. supra, n° 79.

188. - Le Code civil, on le sait, impose une double condition à la réalisation de la possession. A l'élément matériel traduisant le pouvoir de fait, doit s'ajouter une condition subjective, l'animus domini. Est donc possesseur celui qui réunit à son profit ces deux éléments. C'est à cela que se réduit le processus d'acquisition qui, en lui-même, n'offre aucun trait original.

Cette solution est aussi peu discutée en doctrine qu'en jurisprudence (38). Et cela se conçoit fort bien. La définition tant du corpus que de l'animus n'est pas en mesure de traduire le système français. Le corpus est insuffisant en raison des liens qui unissent la possession et les droits réels. Mais ces liens ne vont pas jusqu'à permettre une possession réduite au seul animus domini : ce serait méconnaître un des traits fondamentaux de la possession qui est de se traduire concrètement par un pouvoir de fait (39). La réu-

---

(38) WEILL, op. cit. n° 372 - PLANIOL et RIPERT, op. cit. n° 148 - AUBRY et RAU, op. cit. n° 76, p. 119 - "La possession ne s'acquiert que par la volonté de posséder, réunie à l'appréhension de la chose" affirmait dès 1862 la Cour de Cassation : Civ. 17 juin 1862, S. 1862. 1. 711.

(39) Ainsi, une Cour d'Appel avait-elle accordé le bénéfice de la prescription acquisitive à deux personnes, sans que celles-ci aient été en mesure de rapporter la preuve d'actes matériels. La décision fut cassée, la Cour de cassation ayant constaté que la Cour d'Appel n'avait "relever aucun fait matériel servant de point de départ à la possession", Ch. civ. 13 décembre 1948, D. 1949, p. 72 ; Rev. trim. dr. civ. 1949, 281, obs. SOLUS. On peut ainsi remarquer que la preuve de l'existence d'un corpus, et par conséquent de la possession, peut présenter plus de difficultés que celle du droit de propriété, certains faits, comme celui de consentir des aliénations, pouvant être des indices du droit de propriété, mais non du corpus possessoire.

nion du corpus et de l'animus est donc exigée par la notion même de possession.

Ainsi, la difficulté ne se situe pas tant dans le mode d'acquisition lui-même que dans l'exacte définition de ses deux composantes. A partir de quel moment va-t-on admettre que l'on est en présence d'un corpus et d'un animus susceptibles d'engendrer une possession ?

189. - Le corpus français doit se traduire par des actes matériels (40). Cette affirmation, satisfaisante lorsqu'il s'agit de cerner la notion même de possession, mérite plus d'attention dès que doivent être précisés les agissements de fait permettant d'acquérir la possession.

Le plus généralement, le possesseur établira entre lui et la chose un rapport étroit qui débutera par un acte d'appréhension. Cette appréhension lui donnera la possibilité d'agir sur la chose et ce à son profit exclusif. L'acte d'appréhension est fonction des circonstances. Lorsqu'il est le fait unilatéral du nouveau possesseur, il se traduira par une occupation du bien. Le terme d'occupation ne doit pas pourtant être pris à la lettre. On peut prendre possession d'un fonds, sans se transporter sur ce fonds, et d'une chose mobilière, sans la prendre en main. Mais la preuve du corpus sera d'autant plus facilitée qu'il résultera d'actes matériels concrets et manifestes (41). L'appréhension peut également s'opérer avec le concours de l'ancien possesseur ; dans une telle hypothèse, qui est celle d'une possession dérivée, il suffira que l'ayant cause ait la possibilité effective et exclusive d'agir sur le bien pour que le corpus soit transmis.

Sur l'existence de ce premier élément, il convient de se montrer relativement strict. Telle est d'ailleurs l'attitude des tribunaux. Tout d'abord, en effet, c'est le corpus qui matérialise l'état

---

(40) Cf. supra, nº 80 et s.

(41) Civ. 9-1-1901, D.1901, 1, 448 - Civ. 1º, 21 octobre 1964, J. C. P. 1965.II.14014 note H. BULTE ; Rev. trim. dr. civ. 1965, 378, obs. BREDIN.

de fait que constitue la possession ; il en est le vecteur nécessaire et fondamental. Ensuite, et surtout, c'est de lui que découle l'animus domini, puisque le plus souvent c'est l'appréhension même de la chose qui fait présumer l'intention de la garder pour sienne. L'acte matériel doit donc être établi avec certitude, lorsque débute la possession, alors que cette exigence est de moindre importance par la suite, puisque la possession peut se continuer "solo animo" (42).

190. - L'animus domini, propre au système français, résulte le plus souvent de l'exercice même du corpus. C'est en se comportant concrètement comme le titulaire d'un droit sur une chose, que le possesseur manifeste son intention de la considérer comme sienne. Les actes matériels sont ainsi le reflet de la volonté de celui qui les accomplit.

A vrai dire, cela se vérifie essentiellement dans le cadre d'une acquisition à titre originaire. Nul doute que l'occupation soit un acte dont la signification est double : elle traduit aussi bien la matérialité du pouvoir d'un individu sur un bien, que son intention de se comporter comme le titulaire du droit dont ce pouvoir est l'expression. Mais, à l'opposé, une telle intention peut également se révéler dans un acte juridique. Ainsi, lorsqu'un preneur finit par acheter le bien loué, l'acte de vente intervenu entre celui qui, jusqu'à présent, était un simple détenteur et le bailleur, réalise une interversion de l'animus domini, le détenteur cessant de posséder pour autrui et commençant à posséder en son nom propre. Cette convention connue sous le nom de "traditio brevi manu", opère un changement dans l'animus domini, sans que pour autant le corpus s'en trouve modifié (43). On parvient à un résultat identique dans une convention en sens contraire, le constitut possessoire. Celui-ci suppose que le possesseur d'une chose cesse de la posséder en son propre nom et commence à la posséder pour le compte d'autrui. Il en sera ainsi chaque fois qu'un propriétaire, tout en aliénant son bien, se réservera un droit

(42) Cf. infra, n° 211.

(43) AUBRY et RAU, op. cit., § 179, n° 76, p. 121.

d'usufruit ou de bail. Aucune modification ne concernant le corpus, l'animus aura son origine dans la seule convention (44).

191. - Plus peut-être que l'examen de chacun des deux éléments, c'est la preuve de leur réunion qui pourra présenter certaines difficultés. En fait, cette preuve n'a pas à se faire directement. Elle portera sur l'un ou l'autre des deux composantes de la possession, la preuve de l'une entraînant celle de l'autre. Ainsi, si le corpus est établi et il peut l'être par tous moyens dans le cadre des pouvoirs souverains des juges du fond (45), l'animus en découlera, soit que l'acte d'appréhension lui-même traduise son existence, soit que l'on se réfère à la présomption plus générale de l'article 2230 du Code civil. Dans les cas où l'animus domini résulte d'un acte juridique, c'est la preuve de ce dernier qui fondera son existence, le corpus étant, dans de telles situations, établi par hypothèse. Ainsi, la réunion de l'animus et du corpus est-elle présumée à partir de la preuve de l'un ou de l'autre. De toute manière, la situation de celui qui invoque à son profit une acquisition de la possession est facilitée dans la mesure où ce n'est pas sur lui que repose la charge de la preuve. Tant que les éléments de sa possession ne sont pas contestés, le juge les tiendra pour acquis (46).

2°) Les règles du droit allemand.

192. - Le système du Code civil a le mérite de la logique et de la simplicité. Le droit allemand donne une impression contraire, bien qu'il se limite à un seul élément constitutif. Et, sans doute, est-ce précisément parce que la possession allemande se réduit à un simple pouvoir de fait, que se pose un certain nombre de questions. A l'ori-

---

(44) Sur le constitut possessoire, cf. infra, n° 202 et 208.

(45) V° notamment : Req. 20 avril 1868, D.P. 1869, 1, 84 (2° espèce) - Req. 6 février 1946, D. 1947, 50 - Grenoble 20 juillet 1949, D. 1952, J, 551, noté P. GERVESIE - Civ. 3°, 4 décembre 1969, Bull. civ. III, n° 791, p. 601. Sur le pouvoir des juges, cf. : Ch. civ. 6 février 1872, D.P. 1872.1.101. - Req. 11 novembre 1861, D.P. 1862.1.94 -

(46) Civ. 1°, 30 avril 1970, Bull. civ. I, n° 144, p. 116.

gine, il y a une difficulté due au texte même du § 854 alinéa 1 du B. G. B. qui confond notion de possession et mode d'acquisition ou, plutôt, qui définit la possession par son mode d'acquisition (47). Il est donc inévitable de retrouver, en abordant les règles gouvernant le mécanisme de l'acquisition de la possession, les concepts qui ont permis de la définir.

Aux termes mêmes du § 854 alinéa 1, l'acquisition est fonction de l'obtention du pouvoir de fait. Compte tenu de la conception globale du B. G. B. en matière de possession, seule cette hypothèse devrait entrer en ligne de compte (a). Mais dans certains cas l'acquisition sera indépendante du pouvoir de fait, soit que l'acquéreur est déjà titulaire de la "Gewalt" soit que celle-ci n'existe pas (b). Enfin, le pouvoir de maîtrise peut avoir son origine dans un acte juridique et ce sera le cas pour la possession médiate (c).

a) Acquisition dépendant de l'obtention du pouvoir de fait.

193. - Lorsque l'acquisition de la possession dépend de l'obtention du pouvoir de maîtrise, le droit allemand a la simplicité et la rigueur des solutions françaises, sauf sur un point : à propos de cette question se confondent, en doctrine comme en jurisprudence, les conditions relatives à la notion de possession et celles qui ont trait à ses modes d'acquisition. Même en s'en tenant à la notion de "Gewalt", telle qu'elle a été définie (48), il est difficile d'abandonner le terrain des éléments constitutifs pour se consacrer à la seule acquisition de la possession, la loi elle-même confondant les deux questions.

Ainsi, à partir de quel moment peut-on dire qu'un individu exerce une maîtrise effective sur une chose ? La réponse est plus délicate qu'en droit français. Elle nécessite la mise en oeuvre de mécanismes fort proches de ceux permettant de définir le contenu de la "Gewalt". L'existence du corpus, comme le corpus lui-même, est

---

(47) Cf. supra, n° 90.

(48) Cf. supra, n° 89 et s.

fonction de l'opinion des tiers, de la "Verkehrsanschauung" (49). C'est dire, qu'en fait, il y a un recoupement total entre les conditions définissant la "Gewalt" et celles régissant l'acquisition de la possession. Rien de plus normal, puisque la possession, c'est l'acquisition de la "Gewalt".

Peut-être convient-il d'insister sur un aspect du pouvoir de maîtrise particulièrement important du point de vue des règles de l'acquisition. Celle-ci suppose qu'un individu obtienne la maîtrise effective du bien qu'il entend posséder. Or, une telle maîtrise ne se conçoit que par un pouvoir d'une certaine durée. Cette dernière conforte la relation entre le possesseur et la chose, de telle sorte qu'elle exclut la simple maîtrise passagère qui, en définitive, demeure étrangère à toutes les règles possessoires (50).

La définition de la possession par son mode d'acquisition peut ne pas être un inconvénient, au moins sur le terrain de la preuve. En droit français, la définition de la possession ne résout rien quant à sa preuve. En revanche, la définition et la preuve de l'acquisition de la possession allemande ne font qu'un, la première étant fonction de la seconde, de telle manière que l'une ne peut être établie sans l'autre.

b) Acquisition indépendante du pouvoir de fait.

194. - La confusion entre la notion de possession et son mode d'acquisition disparaît dans les cas où le législateur allemand a été contraint de reconnaître une acquisition de la possession indépendante de l'obtention du pouvoir de maîtrise. Le premier cas est expressément envisagé par le § 854 alinéa 2 du B.G.B. : "l'accord des volontés de l'ancien possesseur et de l'acquéreur suffit pour cette acquisition lorsque l'acquéreur est à même d'exercer son pouvoir sur la chose". Celui qui acquiert la possession étant déjà en mesure d'exercer la "Gewalt", la possession lui est transmise par le seul accord des volontés. Il y aura ainsi acquisition de la possession, sans transfert du pouvoir de maîtrise. Ce dernier est également absent

(49) Cf. supra, n° 91-PALANDT, op. cit., § 854, 1-R.G.R.-Komm. op. cit., § 854, 7 - SOERGEL, op. cit., § 854, 4.

(50) Cf. supra, n° 93.

d'une deuxième disposition du B. G. B., le § 857 qui se contente d'affirmer que "la possession passe à l'héritier". Dans les deux cas, la solution est originale, voire paradoxale, dans la mesure même où la possession est définie par l'obtention du pouvoir de fait.

195. - Dans la situation décrite par le § 854 alinéa 2 du B. G. B., l'obtention du pouvoir de maîtrise semble précéder l'acquisition de la possession. Comment, puisque la possession se définit par son mode d'acquisition, interpréter une telle disposition ? S'agit-il d'une exception aux dispositions de l'alinéa 1 ? A priori, il n'en est rien : l'alinéa 2 ne devrait consister qu'en une simple application de l'alinéa 1 qui tiendrait compte des circonstances particulières, faisant que l'acquéreur est en mesure d'exercer le pouvoir de maîtrise sur le bien et rendant par conséquent sans objet le transfert d'un tel pouvoir.

On peut pourtant songer à comparer ce mécanisme à la "traditio brevi manu". Ce rapprochement permettrait d'affirmer que dans le cas de l'alinéa 2 du § 854, on est en présence d'une possession qui s'acquiert, non par l'obtention du pouvoir de fait, mais par un accord de volonté . Le B. G. B. consacrerait ainsi une exception fondamentale, déformant sensiblement le concept même de la possession qui paraissait être le sien. En réalité, telle n'est pas la portée du § 854 alinéa 2. La difficulté provient de l'imprécision d'un terme aussi vague que celui consistant à affirmer que l'acquéreur doit "être en mesure" d'exercer la "Gewalt". "Etre en mesure" cela signifie-t-il que l'acquéreur exerce déjà le pouvoir de maîtrise, bien avant l'accord de volonté ou qu'il est simplement en mesure de le faire, sans pour autant que cette possibilité se soit concrétisée ? La première hypothèse, correspondrait à la "traditio brevi manu", mais elle doit être écartée. L'expression "être à même de" ne peut vouloir dire que l'acquéreur exerce déjà la "Gewalt". En droit allemand, exception faite du détenteur subordonné, celui qui exerce le pouvoir de fait est possesseur : cela devrait donc être le cas de l'acquéreur s'il disposait de la "Gewalt". L'échange des consentements n'aurait alors plus grande signification quant à l'acquisition de la possession, mais concernerait tout

au plus le transfert de l' "Eigenbesitz".

Cette interprétation devant être rejetée, force est de comprendre l'alinéa 2 du § 854 comme une application de l'alinéa 1, dans la mesure où le pouvoir de maîtrise continue de jouer un rôle prépondérant (51). L'expression "être en mesure" signifie alors que l'acquéreur peut exercer son pouvoir sans l'intervention du vendeur. Autrement dit, il y aura transfert de la possession sans tradition. C'est cette remise matérielle du bien que tend à éviter le § 854 alinéa 2 ; il faut donc admettre qu'en pareille circonstance le bien n'est ni entre les mains du vendeur ni entre celles de l'acquéreur, mais qu'entre ce dernier et le bien, il n'y a aucun obstacle empêchant l'exercice de la "Gewalt" (52). L'échange des consentements est nécessaire parce qu'il remplace la prise de possession, mais celle-ci ne le précède pas. L'obtention du pouvoir de fait demeure ainsi la pierre de touche du système, simplement il découle non d'un acte matériel, mais d'un acte juridique. Celui-ci suffit à "désigner le maître de la chose dès que celui-ci est en mesure matériellement de prendre possession. Avant même qu'il ait pris possession, tout le monde déjà le reconnaît pour possesseur" (53). A aucun point de vue, la disposition du § 854 alinéa 2 ne déroge au principe gouvernant la possession allemande (54).

Seul est alors problématique le contenu exact qu'il convient d'assigner au mécanisme de cet alinéa 2. Du côté de l'acquéreur, la situation est relativement simple : il doit être en mesure d'user de la "Gewalt" effectivement et immédiatement après l'échange des consentements, sans que le vendeur ait à intervenir. Une simple possibilité suffit : même si l'acquéreur tarde à exercer ses prérogatives, la possession n'en demeure pas moins transmise. Au regard des exigences de

---

(51) STAUDINGER, op. cit., § 854, n° 9 - SOERGEL, op. cit., § 854, 13.

(52) STAUDINGER, op. cit., § 854, n° 9.

(53) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 17.

(54) En ce sens, outre les auteurs précités, PLANCK-BRODMANN, § 854,3. - ARAVANTINOS, op. cit. (n° 28, note 42), p. 126. Contra : BIERMANN, op. cit. § 854, 6.

l'alinéa 1 du § 854, ces dispositions paraissent beaucoup moins strictes (55). S'agissant du cédant, il doit évidemment avoir abandonné tout pouvoir sur le bien, et sur ce point il n'y a aucune différence à faire entre les deux alinéas du § 854 (56). Certaines situations peuvent toutefois faire naître un doute. Ainsi en cas de vente avec réserve de propriété, peut-on affirmer que le vendeur a renoncé à tout pouvoir sur le bien vendu ? Répondre par l'affirmative, c'est admettre que l'acquéreur, devenu possesseur, peut à son tour transmettre le bien, sans tenir compte des droits de son créancier. Malgré ce dernier inconvénient, c'est pourtant la solution à laquelle s'est ralliée la Cour Fédérale de Justice (57).

De son côté, l'accord de volonté prévu par l'alinéa 2 présente, a priori, les traits d'un acte juridique. Cependant, on a pu douter de l'exactitude d'une telle analyse. Admettre que le mécanisme du § 854 alinéa 2 conduit à l'acquisition de la possession par le biais d'un acte juridique, c'est exiger de la part de l'acquéreur une volonté juridique spéciale qu'ignore l'alinéa 1. Aussi a-t-on été amené à considérer que l'accord de volonté requis en l'occurrence, était identique à celui qui doit accompagner toute acquisition de la possession. La volonté exprimée par les parties ne serait rien d'autre que la "Besitzwille" nécessaire à toute possession (58). En fait, on ne peut réduire la volonté qu'envisage l'alinéa 2 à la seule "Besitzwille". Le mécanisme de l'alinéa 2 suppose effectivement un contrat, auquel cependant le particularisme des règles possessoires conduit à conférer un caractère original. C'est ainsi qu'aucune forme particulière n'est requise, que la nullité du seul acte causal n'a aucune

---

(55) K. G. 11 janvier 1908, O.L.G. 16, 328 - R.G. 5 mai 1936, J.W. 1936, 2452, note W. SIEBERT.

(56) B.G.H. 30 mai 1958, B.G.H.Z. 27, 360 ; N.J.W. 1958, 1286 ; M.D.R. 1958, 673.

(57) B.G.H. 19 avril 1972, N.J.W. 1972, 1187 ; M.D.R. 1972, 685 ; L.M. § 97, n° 6, note MORMANN.

(58) Cf. supra, n° 106 et s.

importance , mais que par contre le recours à la représentation est possible (59). Les questions de capacité sont plus discutées, certains estimant que le problème n'a pas à intervenir (60), d'autres exigeant une capacité pleine et entière (61). A cet égard, il semblerait plus logique de distinguer la situation de celui qui cède la possession et de celui qui l'acquiert, pour n'exiger la capacité que du premier (62), la situation du second ne devant guère être différente de celle d'un acquéreur à titre originaire. La doctrine est également divisée lorsqu'il s'agit d'envisager la portée de l'acte prévu par le § 854 alinéa 2.Peut-il jouer à la manière d'une stipulation pour autrui ? On suppose que le possesseur actuel et son cocontractant décident tous deux d'attribuer le pouvoir de fait à un tiers. Une telle possibilité se conçoit difficilement dans le cadre de ce texte. Celui-ci envisage un accord entre le possesseur et l'acquéreur, ce qui suppose de la part de ce dernier la volonté d'exercer la "Gewalt" ainsi obtenue, volonté qui ferait défaut chez le tiers. De plus, on ne conçoit pas très bien quelle serait la situation de ce tiers. S'il n'est pas en mesure d'exercer lui-même le pouvoir de maîtrise, il ne peut être possesseur ; dans l'hypothèse contraire, on ne voit pas pourquoi le possesseur ne traiterait pas directement avec lui. Ces réticences ont conduit les auteurs et la jurisprudence à écarter une telle interprétation de l'alinéa 2. (63)

Ainsi, le particularisme du § 854 alinéa 2 n'aboutit pas à consacrer l'acquisition d'une possession sans pouvoir de fait, mais simplement à substituer à l'acte matériel d'appréhension un acte juridique d'une nature particulière.

---

(59) PALANDT, op. cit., § 854, 5 - STAUDINGER, op. cit., § 854, 12.

(60) PALANDT, ibidem.

(61) STAUDINGER , ibidem.

(62) V. BRUNS, op. cit. (n° 24, note 28), p. 93.

(63) PALANDT, op. cit., § 854, 5 - STAUDINGER, op. cit., § 854, n° 13, R. G. 27 avril 1907, R. G. Z. 66, 97 (99) - Contra : STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 86.

196. - La situation est moins nette dans le cadre du § 857 du B. G. B. qui se contente d'affirmer que "la possession passe à l'héritier". Cette disposition jette sans conteste un certain trouble dans les rouages de la possession allemande. Cependant elle doit être soigneusement définie, et notamment il convient de ne pas la confondre avec les situations envisagées par le § 2018 du B. G. B. qui n'ont trait qu'à la pétition d'hérédité ("Erbschaftsbesitz") (64). Au contraire, le § 857 concerne la transmission d'une possession exercée par le de cujus. Le particularisme de ce mécanisme tient au sens qu'il convient d'assigner au terme de possession. En fait ce que désigne le terme "Besitz" dans le § 857, ce n'est pas seulement le pouvoir de maîtrise du § 854 alinéa 1, mais l'ensemble de la situation juridique qui unissait le de cujus au bien possédé. Par conséquent, le § 857 a une double signification : d'une part, il réalise, par analogie avec le § 854 alinéa 2, une transmission de la possession à titre universel, d'autre part, et surtout, puisque ce qui est transmis c'est l'ensemble de la situation juridique du de cujus en tant que possesseur,

---

(64) R.G. 8 février 1913, R.G.Z. 81, 293 (294) - Pour un exemple de l'intérêt suscité par la distinction entre ces deux situations, cf. l'interprétation de l'article 12 du Kontrollratsgesetzes n° 45. Cette loi modifiait la dévolution successorale des biens ruraux et s'appliquait aux successions déjà ouvertes, mais non encore liquidées. L'article 12 précisait qu'une succession n'était liquidée que si quelqu'un en avait pris possession. On a estimé que cette condition ne concernait pas la possession au sens du § 857, car la loi visait non pas l'héritier succédant dans la possession de son auteur, mais l'héritier possesseur de la succession. De plus l'application du § 857 aurait conduit à considérer toute succession comme étant déjà liquidée dès son ouverture, puisque le transfert de la possession au regard de ce texte se fait immédiatement. V. WOHRMANN "Die ungeregelten Nachlässe" nach Art. XII - K.R.G. n° 45, A.c.P. 151, 43 - LETSCHERT "Der Artikel XII des Kontrolrats - Gesetzes 45", N.J.W. 1950, 408.

on en arrive à une possession sans pouvoir de fait. C'est là une conclusion qui fait l'unanimité de la doctrine (65). Ainsi, il n'y aura pas transmission du pouvoir de maîtrise, mais l'héritier acquerra les droits et obligations que le de cujus exerçait en tant que possesseur. En un mot, il y aura succession dans l'exercice du pouvoir de maîtrise (66). Le § 857 signifie alors que les conséquences juridiques attachées à la possession passent à l'héritier, sans que celui-ci acquiert la "Gewalt". Ce texte n'a donc d'intérêt que jusqu'au moment où l'héritier appréhende les biens de la succession (67).

L'unanimité doctrinale et jurisprudentielle n'effacent pas toutes les difficultés. Elle ne peut, notamment, faire oublier ce qu'une telle possession a de choquant au regard de la définition qu'en donne le B. G. B. . Nombre d'auteurs ont estimé que l'on ne pouvait se contenter d'une possession sans pouvoir de maîtrise. Certains d'entre eux penchent pour considérer que le § 857 repose sur une fiction. La loi aurait en quelque sorte idéalisé la "Gewalt", ce qui permettrait son transfert immédiat au moment du décès du possesseur (68). Saleilles critiquait fort cette conception : "il n'y au-

---

(65) STAUDINGER, op. cit., § 857, 2 - PALANDT, op. cit., § 857, 1 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 12, I - WESTERMANN, op. cit., § 15, 1 - EICHLER, op. cit., p. 89 - LENT, op. cit., § 7, 1 - SOERGEL, op. cit., § 857, 1 - WEIMAR : "Die Vererblichkeit des Besitzes", M. D. R. 1965, 109 et "Zur Vererblichkeit des Besitzes", M. D. R. 1969, 282.

(66) R. G. 28 octobre 1913, R. G. Z. 83, 223 (229).

(67) KAIM , Die Vererblichkeit des Besitzes in der geschichtlichen Entwicklung, insbesondere die praktische Bedeutung des Vererblichkeit im heutigen Recht , Diss. BRESLAU, 1904, p. 37.

(68) STAUDINGER, op. cit., § 857, 2 - WEIMAR, op. cit. (n° 196, note 65), M. D. R. 1969, 282.

rait fiction que si la réalité était envisagée sous un aspect de pure matérialité, au lieu d'être un rapport de caractère économique et social" (69). Cette affirmation suggère deux remarques. Tout d'abord, il est certain, comme on a pu le constater (70), que le B. G. B. ne considère pas le pouvoir de maîtrise sous un angle purement économique et social. Ensuite, même si l'on admet que les tiers peuvent, au moment du décès, attribuer la maîtrise à celui que la loi désigne comme devant être l'héritier, encore faut-il souligner que l'on envisage alors la situation juridique et non l'état de fait. C'est d'ailleurs ainsi que raisonnait Saleilles en affirmant que "la succession héréditaire est une causa possessionis qui, pour tout le monde, désigne le maître actuel de la chose" (71). Il n'est cependant pas le seul à écarter l'idée d'une fiction, une partie de la doctrine allemande refuse également cette explication. A ses yeux le § 857 fait en sorte que le décès du possesseur n'ait aucune influence sur la continuation du pouvoir de maîtrise, à condition que celui-ci passe à l'héritier. On se réfère ainsi à l'idée d'un exercice ininterrompu de la possession et l'explication n'est pas sans rappeler la disposition qui, en droit français, fait que les héritiers, exception faite de l'Etat, n'ont pas à se faire envoyer en possession (Article 724 du Code civil dont rend compte l'expression "le mort saisit le vif"). Dès lors c'est moins la "Gewalt" qui importe, que l'universalité des conséquences juridiques qui lui sont attachées; Le pouvoir de maîtrise devient un élément de l'actif successoral. Il en résulte que la possession devient un droit intégré aux autres droits de la succession, conséquence qui au regard du B. G. B. paraît discutable.

---

(69) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 18.

(70) Cf. supra, n° 96.

(71) SALEILLES, ibidem, p. 18.

S'il est délicat d'expliquer le fondement du § 857 du B.G.B., sa raison d'être n'est contestée par personne. Elle est toute entière dans la protection de l'héritier. Cela lui permet, notamment, de récupérer les meubles, que possédait le de cujus auprès des tiers, même de bonne foi et qui les ont acquis d'un héritier apparent (72). Dans le même esprit, le § 857 offre à l'héritier la possibilité de se défendre au possessoire contre les tiers qui commettraient une voie de fait, en invoquant un droit éventuel sur tout ou partie de la succession (73). En contre-partie, dès le décès du possesseur, un certain nombre d'obligations peuvent être mises à sa charge (74).

Les intérêts qui s'attachent au § 857 justifient la simplicité de son mécanisme. La possession passe à l'héritier dès le décès, sans aucun acte d'appréhension de sa part et même sans qu'il ait eu connaissance du décès (75). S'il y a pluralité d'héritiers, il s'instaurera entre eux une copossession. Enfin, la transmission de la possession n'est pas exclue, si le droit qui la fonde, tel l'usufruit, ne peut-être, quant à lui, transféré. Cette dernière solution, difficilement compréhensible, est pourtant défendue tant en doctrine qu'en jurisprudence, mais il semble que ce soit plus par souci de respecter la lettre du texte que par souci de logique (76). C'est cependant le respect de la logique qui conduit à écarter le jeu du § 857 lorsque la possession est l'oeuvre d'une personne morale ou lorsque le décès rend lui-même impossible la continuation du pouvoir de maîtrise : ainsi, s'il y a noyade ou disparition, il ne saurait être question d'appliquer le § 857 aux effets personnels du défunt (77).

197. - Des deux hypothèses qui dans la loi réalisent une acquisition de la possession indépendamment de l'obtention du pouvoir de fait, seule la seconde présente des traits originaux. Elle est,

(72) BAUR, op. cit., § 8, I.
(73) O. L. G. Dresden, 27 janvier 1902, O.L.G. 4, 289.
(74) B.G.H. 23 septembre 1953, L.M. n° 6, § 836 ; J.Z. 1953, 706.
(75) STAUDINGER, op. cit., § 857,3-O.L.G. Dresden, précité, note 73.
(76) STAUDINGER, op. cit., § 857,8-R.G. 31 janvier 1918, J.W. 1918,368.
(77) Comp., STAUDINGER, op. cit., § 857, 8 et 9.

pour partie, une exception aux principes du § 854 alinéa 1 du B.G.B., mais pour partie seulement. Elle déroge à ces principes uniquement du point de vue de l'héritier, mais vis à vis des tiers le rôle du pouvoir de maîtrise demeure intact. Il suffit que les tiers constatent qu'un pouvoir s'exerce sur un bien pour qu'il y ait possession, alors même que le titulaire, en l'occurrence l'héritier, demeure inconnu. L'originalité du § 857 ne se situe ainsi que du côté de l'héritier qui, jusqu'au moment où il appréhendera les biens possédés par le de cujus, possèdera sans exercer de pouvoir de fait.

c) Acquisition de la possession médiate.

198. - L'acquisition de la possession médiate mérite une attention particulière. Reléguant au second plan la "Gewalt", elle est fonction de l'acte juridique qui organise le dédoublement de la possession, la "Besitzmittlungsverhältnis" (78). A titre originaire, elle s'acquiert dès que les conditions du § 868 du B. G. B. sont réunies. Or ce dernier repose sur un double mécanisme : il exige, d'une part, qu'un individu devienne possesseur au sens du § 854 alinéa 1 et que, d'autre part, simultanément, se crée entre lui et le possesseur médiat une situation juridique qui réponde aux conditions d'une "Besitzmittlungsverhältnis" (79).

Le bien sur lequel la possession se dédouble doit donc parvenir entre les mains du possesseur direct ("Besitzmittler"). Si à l'origine la chose se trouve entre les mains de l'une des deux personnes concernées par le dédoublement, la situation ne présente guère de difficultés. La possession médiate existera, si l'une des deux transfèrt le bien à l'autre, en passant avec elle un acte juridique dédoublant la possession, ou si le possesseur direct le conserve, mais qu'un tiers acquiert sur lui un droit lui conférant la possession médiate (80). Cependant, le bien peut ne pas être possédé par l'une

(78) Cf. supra, n° 136 et s.

(79) STAUDINGER, op. cit., § 868, 10 - WESTERMANN, op. cit., § 19, I.

(80) Dans le premier cas, A loue un bien à B et le lui transfert ; dans le second cas, il s'agit du constitut possessoire, cf. supra, n° 190 et infra, n° 208.

ou l'autre des parties. Cela n'est pas un obstacle à l'établissement d'une possession médiate, mais celle-ci repose alors toute entière sur l'attitude de celui qui exerce le corpus, le possesseur intermédiaire. Ce dernier peut recevoir le bien au nom de l'"Oberbesitzer" : il se crée alors immédiatement une possession médiate. Dans le cas où le possesseur intermédiaire commence par acquérir le bien en son nom, la possession médiate ne se réalisera qu'à partir du moment où il fera connaître manifestement sa volonté de posséder pour le compte d'autrui, pour le compte d'un possesseur médiat (81).

Quant à la "Besitzmittlungsverhältnis", elle repose sur un acte juridique qui, dans ses conséquences, crée un lien entre le possesseur direct et le possesseur médiat (82). Ce lien légitime la position du possesseur intermédiaire et accorde, d'une manière générale, une action en restitution au possesseur médiat (83). Ce principe permet de délimiter les actes qui seront considérés comme étant analogues à ceux cités par le § 868 et expliquent que certaines situations engendrent un dédoublement de la possession d'origine légale (84).

---

(81) STAUDINGER, op. cit., § 868, 10 - Sur l'importance de la volonté du possesseur direct, cf. WESTERMANN, op. cit., § 19, I - R. G. 5 février 1932, R. G. Z. 135, 74 (78) - B. G. H. 20 février 1953, B. G. H. Z. 9, 78 qui précise que la volonté n'a d'effets que pour une possession médiate d'origine contractuelle.

(82) Sur les conséquences de la nullité de ce rapport, cf. supra, n° 138.

(83) Cf. supra, n° 136 et s.

(84) Le dédoublement de la possession ne suppose pas le recours aux seuls contrats cités par le § 868 du B. G. B. ; R. G. 27 février 1931, R. G. Z. 132, 183 (186). La possession a une origine légale pour un tribunal des tutelles : R. G. 6 octobre 1904, R. G. Z. 59, 200 (201) ; pour un huissier ; R. G. 14 février 1919, R. G. Z. 94, 341 ; pour l'administrateur des biens d'un malade mental : R. G. 9 février 1920, R. G. Z. 98, 131, (134).

Il est donc nécessaire, mais suffisant, que l'acte permette de définir, d'un côté celui qui exerce le pouvoir de maîtrise et de l'autre celui qui bénéficie de cette possession directe. Encore faut-il que le lien entre les deux ne soit pas purement abstrait ; ainsi, lorsque dans un contrat le vendeur se contente d'indiquer qu'il continue à posséder le bien jusqu'au paiement, sans préciser à quel titre, il n'y a là qu'un constitut possessoire abstrait, reposant sur la seule volonté du vendeur, mais sans obligation de sa part, et par conséquent, incapable d'engendrer un véritable dédoublement de la possession (85).

199. - L'acquisition de la possession médiate n'a pas nécessairement lieu à titre originaire. Bien au contraire, une personne peut bénéficier d'un dédoublement de la possession, sans y avoir été partie prenante. Il lui suffit aux termes du § 870 du B. G. B. d'être subrogée dans les droits du possesseur médiat (86). La portée de cette disposition est double, car tout en rendant possible une acquisition de la possession médiate, à titre dérivée, elle en est un mécanisme de transfert. Cependant il s'agit d'une transmission quelque peu particulière. Normalement, la possession médiate est cédée par le transfert de l'ensemble du rapport juridique qui la fonde. Une telle solution peut se déduire du § 868, mais elle n'est pas envisagée expressément par la loi. Dans le cas du § 870, seule est cédée, l'action en restitution ; il n'empêche qu'il en résulte une nouvelle possession médiate. Le cédant abandonne ainsi ce qui rendait à son égard, la possession du "Besitzmittler" précaire ; en définitive, il se retrouve sans pouvoir, et sur le bien, et contre le possesseur intermédiaire. L'on comprend qu'il ne soit plus possesseur médiat.

---

(85) R. G. 15 novembre 1901, R. G. Z. 49, 170 - STAUDINGER, op. cit., § 868, 11, d. - PRZIBILLA, op. cit. (n° 137, note 186), p. 41.

(86) "La possession médiate peut être transférée à un tiers au moyen de la cession du droit à restitution de la chose".

En pratique, le but du § 870 est de simplifier un certain nombre de transmissions de droits réels, telles celles de l'usufruit ou du droit de gage mobilier (87). Cela explique que sa mise en oeuvre se fasse sans formalités particulières. Il suffit que l'action en restitution soit transmise. Mais il s'agit d'une condition nécessaire, en ce sens que si la cession est nulle, le transfert le sera également, quand bien même le possesseur direct considérerait le cessionnaire comme son nouvel "Oberbesitzer" (88). Il en est ainsi parce que de toute manière la volonté du possesseur direct n'a aucune prise sur le fonctionnement du § 870 (89).

200. - Lorsque l'acquisition de la possession est le fait du possesseur, ses modalités sont ainsi directement liées à la notion même de possession. Sur ce point le système du Code civil est parfaitement cohérent. Celui du B. G. B. est, en partie, en porte à faux. Certes, le rôle de la "Gewalt" est intact, aussi bien dans le cadre du § 854 alinéa 2, que dans celui de l'acquisition de la possession médiate, simplement son efficacité dépend alors d'un acte juridique. En réalité, seul le § 857 ne peut se comprendre par référence au pouvoir de maîtrise et ce parce que ce dernier forme, dans certaines circonstances, un cadre trop rigide qu'il est alors préférable d'écarter. Cette rigidité est à l'origine de bien d'autres difficultés, lorsque l'acquisition de la possession se fait par l'intermédiaire d'un tiers.

B) Acquisition par un tiers.

201. - Si normalement les éléments constitutifs doivent se réaliser dans la personne même du possesseur, cette condition n'est pas indispensable. Telle est, sans conteste, la solution du droit français (1°). Les conceptions allemandes militent en faveur d'un choix contraire. Comment, en effet, concevoir qu'un tiers acquiert la possession pour le compte d'autrui, sans que la qualité de possesseur lui soit reconnue, alors qu'il exerce le pouvoir de maîtrise (2°) ?

(87) STAUDINGER, ibidem, § 870, 9.

(88) WOLFF-RAISER, op. cit., § 13, II.

(89) R. G. 11 octobre 1902, R. G. Z. 52, 274 (277).

1°) L'intervention d'un tiers en France.

202. - Si chacun des éléments constitutifs doit exister, tous deux ne sont pas nécessairement réunis sur la tête d'une seule et même personne. Encore faut-il distinguer entre le corpus et l'animus domini. L'élément matériel peut, sans aucun doute, être le fait non du possesseur, mais d'un tiers. La solution est expressément prévue par l'article 2228 du Code civil et dans le système français les exemples ne font pas défaut. Ainsi le fait de distinguer la possession et la détention conduit-il à affirmer que le possesseur exerce sa possession "corpore alieno". C'est ainsi également que les communes possèdent par l'intermédiaire de leurs habitants, qui exercent sur les biens du domaine public des actes de jouissance conformes à leur destination (90).

La possession "corpore alieno" se rencontre aussi dès qu'un possesseur se décide à posséder pour le compte d'autrui au moyen d'un constitut possessoire (91). D'ailleurs une telle possession est loin de se limiter aux seules hypothèses de constitut possessoire. Puisqu'en droit français le transfert de la propriété est instantané, on doit attacher aux actes de cette nature les effets du constitut possessoire proprement dit. Le vendeur qui n'a pas encore livré le bien, cesse par le fait même de l'aliénation de posséder pour son propre compte et ne détient plus que pour le compte de l'acquéreur (92).

Enfin, rien ne s'oppose à ce que l'on donne mandat à une personne de prendre possession du bien : par son intermédiaire, on acquerra le corpus (93).

---

(90) Civ. 20 mai 1889, D. P. 1890, 1, 247 - Req. 16 janvier 1895, D. P. 1895.1.241 - Req. 25 juin 1914, S. 1918 - 1919.1.169, note A. MESTRE.

(91) Cf. supra, n° 190.

(92) AUBRY et RAU, op. cit., n° 76, p. 121.

(93) WEILL, op. cit., n° 373.

203. - Peut-on également envisager une possession "animo alieno" ? La réponse est plus délicate. L'intention de considérer comme sienne la chose que l'on possède, fut-ce par l'intermédiaire d'un tiers, doit normalement émaner du possesseur lui-même. Certains impératifs pratiques exigent, pourtant, que l'on envisage la possibilité d'une possession "animo alieno". Ainsi, dans le cas d'individus qui sont incapables d'avoir un animus propre, tels les enfants ou les fous, force est de reconnaître qu'ils empruntent l'élément intentionnel à leurs représentants légaux (94). Les cas des mandats conventionnels paraissent plus discutables. Même si un mandataire acquiert un bien sans que le mandant le sache, il est difficile de parler d'"animus alienus ". Le mandant a suffisamment, et par avance, manifesté son intention de posséder (95). Seul donc, le corpus peut, sans discussion, être aux mains d'un tiers.

2°) Le rôle des tiers en Allemagne.

204. - La définition de la possession par le pouvoir de maîtrise fait naître un doute sur la possibilité pour un tiers d'intervenir, sous peine de le considérer lui aussi comme possesseur. Et de fait, le droit allemand n'hésite pas à écarter, dans le cadre du § 854 alinéa 1, le jeu des règles de la représentation (a). Pourtant, cela ne signifie pas que l'intervention d'un tiers soit totalement bannie (b).

a) Exclusion du mécanisme de la représentation.

205. - Par principe le droit allemand ne peut concevoir l'acquisition de la possession grâce aux mécanismes de la représentation. En soi cette acquisition n'est pas un acte juridique. Il en résulte qu'il ne saurait y avoir à son propos de représentation au sens strict du terme. Les § 164 et suivants, qui en droit allemand régissent la représentation, reposent sur une déclaration de volonté à laquelle les règles du § 854 alinéa 1 demeurent totalement étran-

(94) WEILL, op. cit., n° 373-RODIERE, op.cit.(n° 10, note 11), n° 22.
(95) RODIERE, ibidem-AUBRY et RAU, ibidem, - Contra : WEILL, ibidem.

gères. Les textes du B. G. B. s'en tenant au seul élément matériel, si une personne exerce un pouvoir de maîtrise, c'est qu'en principe elle est possesseur. Cette situation qui a conduit à supprimer la distinction entre possession et détention, empêche également de concevoir qu'une personne puisse exercer le corpus pour le compte d'autrui (96).

206. - L'impossibilité de recourir aux règles de la représentation connaît pourtant un certain nombre de tempéraments et ce, tout d'abord, dans les cas où le droit allemand connaît une acquisition de la possession par le biais d'un acte juridique. Telle est, on le sait (97), l'hypothèse du § 854 alinéa 2 et du § 870 du B. G. B. . Les circonstances prévues par ces deux textes font que l'acquisition du pouvoir de maîtrise est fonction d'un accord de volontés qui permet, soit l'exercice du corpus, soit la cession de l'action en restitution dont bénéficie le possesseur médiat (98). Dans le cadre du § 854 alinéa 2, le recours aux mécanismes de la représentation ne soulève aucune difficulté particulière. Appliquées à la situation du § 870, les règles de la représentation sont plus délicates à manier. L'on conçoit que celui qui acquiert l'action en restitution puisse agir pour le compte d'un tiers à qui seul sera, en définitive, transmise la possession médiate. Mais en partant de cet exemple, ne risque-t-on pas d'envisager l'ensemble de la possession médiate comme un mécanisme recourant aux règles de la représentation ? Ainsi, ne peut-on pas concevoir l'acquisition de la possession médiate par l'intermédiaire d'un re-

(96) Cette solution est indiscutée : STAUDINGER, op.cit., § 854,22 - BAUR, op. cit., § 8, II-WOLFF-RAISER § 13 - PALANDT, op. cit., § 854,5 - PLANCK-BRODMANN, op.cit., § 854,5 - HECK, op. cit., § 11,9 - SOERGEL, op. cit., § 854,10 - STROHAL, op. cit. (n° 108, note 98), p. 70 - LENT, op. cit., § 4, IV - RÖMELIN : "Das Handeln im fremden Namen im B. G. B.", A.c.P. 93, p. 131, p. 262 - PRZIBILLA, op. cit. (n° 137, note 186), p. 337 - SCHWAB, op. cit. (n° 27, note 30), p. 106 - R. G. 10 juin 1932, R. G. Z. 137, 23 (26).

(97) Cf. supra, n° 195 et 199.

(98) WOLFF-RAISER, op.cit., § 13-BAUR, op. cit.,§ 8, II-SOERGEL, op. cit., § 854,10-BRUNS,op.cit.(n° 24,note 28),p. 96 et s.-REGELSBERGER :"Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen",Dogm.J.44,p.393,p. 427.

présentant qui créerait au profit du représenté une "Besitzmittlungsverhältnis" ? La réponse doit être négative. Le dédoublement de la possession nécessite un lien de nature particulière, incompatible avec les règles de la représentation (99). Le § 870 a, quant à lui, ses propres limites : il n'a trait qu'au seul transfert de l'action en restitution, sans que se trouve modifiée la situation de celui qui exerce le pouvoir de maîtrise. Au contraire, appliquer les règles du mandat entre le possesseur direct et le possesseur médiat conduirait à inverser les principes du dédoublement de la possession. Si la situation du possesseur médiat dépend effectivement de la possession du "Besitzmittler", ce dernier n'en a pas moins reçu la chose du possesseur médiat, tandis qu'avec les règles de la représentation, c'est le possesseur direct qui serait à l'origine de la possession médiate (100). En matière de possession médiate, le domaine de la représentation est donc limité au seul § 870 du B. G. B.

Si dans les hypothèses où l'acquisition de la possession relève d'un acte juridique, la doctrine est unanime à admettre la possession d'un représenté par l'intermédiaire d'un représentant, la possibilité d'une possession pour les représentants légaux a été beaucoup plus discutée. A quel titre doit-on rattacher le pouvoir de maîtrise qu'exerce un représentant légal ? Est-il seul possesseur ou convient-il de reconnaître un dédoublement de la possession ? A suivre l'opinion dominante, c'est cette dernière solution qui semble préférable. Un représentant légal tient son pouvoir de la loi et ce pouvoir le rend possesseur direct des biens qu'il administre. Mais rien n'empêche de considérer qu'il y a un dédoublement de la possession d'origine légale qui rend le représenté possesseur médiat. La "Besitzmittlungsverhältnis" ne résulterait pas d'un accord, mais s'imposerait d'elle-même par le seul jeu de la représentation légale (101).

(99) Cf. supra, nº 135.

(100) Ce peut être le cas, mais alors le possesseur direct agit en n'étant que représentant du possesseur médiat ; cf. infra, nº 208.

(101) STAUDINGER, op. cit., § 854,25-PALANDT, op.cit., § 854,5 - WESTERMANN, op. cit., § 20, III-R. G. 21 octobre 1902, R. G. Z. 52, 331 (333).

Ainsi l'exclusion de la représentation des règles possessoires ne connaît-elle que deux exceptions, la première tenant à la nature de l'acte permettant l'obtention du pouvoir de fait, la seconde étant imposée autant par la loi que par des nécessités pratiques. Cependant, ces deux hypothèses ne sont pas les seules à faire intervenir un tiers ; mais dans les autres cas, cette intervention se fera en dehors de toute référence aux règles de la représentation.

b) L'intervention d'un tiers.

207. - La possibilité pour un individu autre que le possesseur de participer au processus d'acquisition de la possession, relève d'hypothèses marginales. Celles-ci ne peuvent être qu'au nombre de deux : tantôt celui qui exerce le corpus n'acquerra pas pour autant la possession, tantôt il sera possesseur en même temps qu'un autre. Dans ces deux cas, le tiers n'est pas un représentant du possesseur, mais un intermédiaire("Zwischenperson").

La première hypothèse concerne le détenteur subordonné qui obtient le pouvoir de maîtrise sur un bien. Si cette acquisition se situe dans le cadre du rapport de subordination qui l'unit au "Besitzherr" (102), la possession sera acquise à ce dernier. Cette solution découle directement de la notion même de détention subordonnée et pour s'imposer, elle n'a aucunement besoin des règles de la représentation. De même, elle n'apporte aucune entorse aux principes généraux concernant la "Gewalt", le propre du "Besitzdiener" étant précisément de ne pas être reconnu comme possesseur, alors qu'il exerce le pouvoir de fait. Tout ce qui ressort de la fonction normale d'un détenteur subordonné sera attribué au maître de la possession. Du point de vue de ce dernier, il y a incontestablement acquisition de la possession par l'intermédiaire d'un tiers (103).

(102) Cf. supra, nº 121 et s.

(103) SOERGEL, op. cit., § 854, 10 - HECK, op. cit., § 11, 9 - PLANCK-BRODMANN, op. cit., § 854, 5 - Dernburg, op. cit., § 20.

208. - La seconde hypothèse a pour origine un dédoublement de la possession. Il s'agit moins du § 868 du B. G. B. que du constitut possessoire, qui n'en est qu'une application particulière et qui peut conduire à l'acquisition de la possession médiate. Cependant le recours au dédoublement de la possession aboutit à une solution originale, en ce sens que le tiers, grâce à qui l'acquisition se réalise, se voit également reconnaître la qualité de possesseur. Ainsi, une personne peut-elle transférer la possession à un tiers, tout en conservant le pouvoir de maîtrise. Le tiers se voit ainsi attribuerla possession médiate, tandis que le possesseur initial se transforme en possesseur intermédiaire (104). Tous deux seront donc possesseurs, mais la possession médiate aura été créée à l'initiative de l'un d'entre eux.

209. - En définitive, le droit allemand limite très sérieusement l'intervention des tiers dans les modes d'acquisition de la possession. En réalité, rien de plus normal si l'on considère les conséquences dues à une définition de la possession par le pouvoir de maîtrise. En fait, et c'est là peut-être le seul point de rencontre des deux législations, toutes les solutions en matière d'acquisition sont, très fidèlement, à l'image de la notion même de possession. Cela n'est certes pas sans inconvénients. A cet égard, l'examen du B.G.B. est particulièrement révélateur de la nécessité d'adapter certains concepts. En bonne partie trop imprécise quand il faut la définir, la notion de pouvoir de maîtrise se révèle être trop rigide dans le cadre de l'acquisition de la possession. Sous peine d'attribuer la possession à tout individu exerçant un corpus, le B. G. B. a dû permettre certains aménagements qui dépassent la notion habituelle de la "Gewalt". C'est là un arrangement qu'ignore le droit français, somme toute sur ce point plus cohérent et plus simple.

---

(104) Par analogie avec cette solution, il semble qu'une personne puisse transférer toute la possession à un tiers, tout en conservant le bien entre ses mains ; elle ne sera plus alors que détenteur subordonné : HECK, op. cit., § 11, 3.

§ 2 : Perte de la possession.

210. - Dans les deux législations, les règles qui gouvernent la perte de la possession sont symétriquement inversées par rapport à celles qui en régissent l'acquisition. Cette remarque se vérifie plus particulièrement en droit français. Ne contenant aucune disposition concernant l'acquisition ou la perte de la possession, le Code civil laisse le champ libre aux constructions doctrinales. Celles-ci, afin de décrire la manière dont la possession peut disparaître, se contentent de prendre le contre-pied du mécanisme imaginé pour son acquisition (A). Le B. G. B. se distingue essentiellement en ce qu'il contient une disposition expresse, indiquant par quels moyens il peut être mis fin à la possession. Cependant, ce texte est impropre à résoudre certaines difficultés inhérentes à tel ou tel type de possession connu du droit allemand (B).

A) Le mécanisme du droit français.

211. - La possession française disparaît certainement lorsque le possesseur abandonne, et son pouvoir de maîtrise, et l'intention de considérer la chose comme sienne. Il en sera ainsi en cas de vente ou d'abandon de la chose.

Plus délicates sont les situations où seul l'un des deux éléments constitutifs de la possession fait défaut. Ainsi, un possesseur peut-il perdre le corpus tout en conservant l'animus domini. Mais que doit-on entendre précisément, par perte du corpus ? A ce stade, il convient de distinguer selon que la possession s'exerce sur un meuble ou sur un immeuble . S'agissant d'un meuble, la possession est perdue au moment précis où le possesseur est mis dans l'impossibilité d'exercer sur lui un pouvoir de fait. Dès que le meuble n'est plus sous le pouvoir et la garde du possesseur, on ne peut plus parler de corpus, et par conséquent, la possession a pris fin (105). Pour les immeubles,

(105) WEILL, op. cit., n° 374 - AUBRY et RAU, op. cit., n° 77.

c'est une solution contraire qui prévaut. Lorsque le possesseur d'un fonds cesse d'accomplir les actes constitutifs du corpus, il n'en demeure pas moins possesseur du seul fait qu'il conserve l'intention de posséder. L'animus domini seul contribuera à maintenir la réalité d'une possession qui ne sera plus qu'une possession "solo animo". Doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître le bien-fondé d'une telle solution (106). Encore convient-il d'en préciser certains de ses caractères. La possession "solo animo" n'existe que si aucun obstacle ne vient mettre fin à la possibilité offerte au possesseur de reprendre l'exercice de son corpus. Un tel obstacle existerait si un tiers se mettait en possession du bien (107). Il est vrai que la possession ne serait alors perdue qu'au bout d'un an d'occupation paisible par un tiers, puisque ce n'est qu'à l'expiration de ce délai que le possesseur initial perdrait le bénéfice des actions possessoires (108). Ainsi, on ne peut envisager de possession "solo animo" que s'il n'y a pas impossibilité d'exercer le corpus. Mais alors peut-on encore parler de perte du corpus ? Celle-ci ne doit-elle pas se traduire, comme pour les meubles, par un obstacle à l'exercice du pouvoir de fait ? Si tel n'est pas le cas, n'est-on pas alors en présence d'un simple non usage ? Certes, la jurisprudence a reconnu une possession "solo animo" là où existait un obstacle à l'exercice du pouvoir de fait ; seulement elle a souligné qu'il

(106) WEILL, op. cit., n° 374. La Cour de Cassation n'a cessé d'affirmer que "la possession légale d'un fonds immobilier une fois acquise, se conserve par la seule intention du possesseur, aussi longtemps qu'elle n'a pas été volontairement abandonnée" : Civ. 12 février 1889, D. 1889.1.229 - Req. 11 décembre 1889, D. P. 1891, 1, 38 - Civ. 27 octobre 1891, D. 1892.1.432 - Civ. 30 novembre 1892, D. P. 1893.1.247 - Civ. 9 janvier 1901, D. 1901. 1.448 - Civ. 29 novembre 1904, S. 1905.1.463 - Civ. 14 novembre 1910, D. 1912.1.483 - Ch. civ. 27 mars 1929, D. H. 1929, 250.

(107) Req. 20 mai 1851, D. P. 1851.1.260 - Req. 13 mars 1867, D. 1867. 1. 399.

(108) WEILL, op. cit., ibidem - AUBRY et RAU, op. cit., ibidem.

s'agissait d'un obstacle résultant de la force majeure (109). Mais dans tous les autres cas, ce qui est entendu par perte de la possession, c'est le simple non usage. En affirmant que la possession se conserve par la seule intention du possesseur, les tribunaux marquent bien que le défaut de corpus tient à la volonté du possesseur et non à un obstacle extérieur. Si un tel obstacle surgit, comme l'occupation par un tiers, c'est, on vient de le constater, toute la possession qui est perdue, du moins au bout d'une année. Enfin, parler d'un non usage du corpus plutôt que de sa perte, conduit à une meilleure justification des solutions jurisprudentielles. L'on sait que le non usage est encore une façon d'exercer les prérogatives d'un droit réel et qu'il ne conduit pas à sa perte. Le corpus possessoire traduisant, dans la conception française, l'exercice de fait d'un droit réel, il est logique qu'il ne soit donc pas affecté par le non usage. Cette explication nous paraît plus satisfaisante que celle qui traditionnellement se réfère à la vieille maxime romaine : "Licet possessio nudo animo adquiri non potest, tamen solo animo retineri potest" (110).

212. - La perte du seul élément intentionnel est plus difficilement concevable. Elle suppose qu'un possesseur cède son pouvoir de maîtrise, tout en conservant le corpus. L'on reconnaît dans cet exemple les caractéristiques du constitut possessoire (111). Bien évidemment, au regard des conceptions françaises, il ne peut y avoir de possession sans animus domini, si bien que la perte de cet élément entraîne avec elle la perte de la possession toute entière. Dans l'hypothèse d'un constitut possessoire, celui qui conserve matériellement le bien entre ses mains, ne peut être qu'un détenteur, la transmission de l'animus domini à un tiers étant suffisante pour permettre à ce

---

(109) Elle a ainsi accordé la complainte à un possesseur qui, depuis plus d'un an, avait été dans l'impossibilité de jouir d'un terrain, par suite de l'occupation militaire de ce terrain : Req. 19 juillet 1875, D. 1877.1.111.

(110) Contra WEILL, op. cit., n° 374 qui distingue soigneusement le non usage du corpus de sa perte.

(111) Cf. supra, n° 190.

dernier d'acquérir la possession "corpore alieno" (112).

B) La solution du droit allemand.

213. - Si le droit allemand présente un avantage par rapport aux solutions françaises, dans la mesure où il régit la perte de la possession par un texte spécial, il faut reconnaître que l'on aurait pu, sans inconvénients majeurs, se passer de cette précision formelle. Le § 856 du B. G. B., lorsqu'il indique que "la possession cesse lorsque le possesseur abandonne son pouvoir de fait sur la chose ou le perd de quelqu'autre manière", se contente d'inverser la règle du § 854 alinéa 1. Comme l'acquisition de la possession, la cessation dépend du sort du pouvoir de fait. Très logiquement la disparition de la "Gewalt" doit entraîner celle de toute la possession. D'une certaine manière, le droit allemand retrouve ici la simplicité et la cohérence des solutions françaises. Il est vrai que la cessation du pouvoir de maîtrise suscite beaucoup moins de difficultés que sa mise en oeuvre.

La disparition de la possession doit donc se traduire concrètement aux yeux des tiers par la cessation de la "Gewalt". Cette dernière définissant à elle toute seule l'ensemble de la possession, un certain nombre de solutions du Code civil sont ici inconcevables. Notamment il ne saurait être question d'une possession "solo animo" De même, poser la question d'une possession sans animus domini n'a aucun sens. En droit français une telle possession est inconcevable parce que l'animus domini fait défaut ; en droit allemand toute possession est une possession sans animus domini. Ainsi, sur ce point, la solution allemande est-elle, en définitive, beaucoup plus radicale : ou le pouvoir de maîtrise existe et il y a possession, ou il a été perdu et c'est toute la possession qui prend fin.

Quant aux modes de cessation du pouvoir de maîtrise, ils ne présentent guère de traits originaux. La perte de la possession peut être tout aussi bien volontaire qu'involontaire. Elle est involontaire,

(112) Cf. supra, n° 202.

si le bien est perdu ou volé. La perte volontaire suscite une difficulté particulière lorsque le bien a été remis volontairement, mais que le consentement a été vicié. Aussi bien en droit allemand, pour la mise en oeuvre du § 935 du B. G. B., qu'en droit français, pour l'application de l'article 2279 du Code civil, on décide qu'il y a eu malgré tout remise volontaire (113). Au surplus, la transmission nécessite une tradition du bien, exception faite de la situation envisagée par le § 854 alinéa 2 du B. G. B. (114). La fin de la "Gewalt" est également volontaire si son titulaire en abandonne l'exercice. La définition de l'acte d'abandon mérite une attention particulière. En premier lieu, il n'y a pas abandon du pouvoir de fait lorsqu'un individu n'en use pas, que le non usage soit volontaire ou qu'il résulte d'un empêchement momentané (115). Ensuite, pour qu'il y ait abandon véritable, la cessation de l'exercice du pouvoir de fait doit s'accompagner d'une déclaration de volonté nécessaire pour concrétiser à l'égard des tiers la fin du corpus. Il convient néanmoins de s'entendre sur la portée de cette déclaration de volonté. Elle ne constitue pas un acte juridique valant consentement au sens strict du terme. Ce que l'on exige de la part de l'auteur de l'abandon, c'est qu'il comprenne la portée de son acte et qu'il le porte à la connaissance des tiers. Mais si cette déclaration n'est pas un acte juridique, on voit mal comment elle doit se manifester et sur ce point la doctrine n'est d'aucun secours. Elle se contente d'affirmer la nécessité d'une telle déclaration, sans en préciser les modalités (116). Peut-être faut-il tout simplement penser que la volonté existe à partir du moment où l'acte d'abandon est réalisé consciemment et qu'il se manifeste aux yeux des tiers. L'élément intentionnel serait ainsi incorporé à l'acte d'abandon, comme la

---

(113) R.G. 21 janvier 1921, R.G.Z. 101, 225-B.G.H. 15 novembre 1951, B.G.H.Z. 4, 11 (34) - B.G.H. 11 juin 1953, N.J.W. 1953, 1506, note HOCHE-Cf. infra, n° 377.

(114) R.G. 15 décembre 1936, R.G.Z. 153, 257 (261)-B.G.H. 30 mai 1958, B.G.H.Z. 27, 360-WOLFF-RAISER, op. cit., § 15, I, 1.

(115) R.G. 18 octobre 1901, R.G.Z. 51, 20 (23)-R.G. 3 juillet 1902, R.G.Z. 52, 117-Cf. § 856 alinéa 2 du B.G.B.

(116) STAUDINGER, op.cit., § 856,5-WOLFF-RAISER, op.cit., § 15, I. 1.

"Besitzwille" l'est dans le corpus (117).

214. - La possession médiate mérite une place à part, non pas pour l'originalité de ses solutions, mais parce que celles-ci sont fonction de la nature particulière du dédoublement de la possession. La fin d'une possession médiate, c'est tout naturellement la disparition de la "Besitzmittlungsverhältnis". Mais la cessation de cette dernière peut conduire le possesseur médiat, soit à perdre totalement sa possession, soit à redevenir seul possesseur. Autrement dit, la fin de la possession médiate ne signifie pas nécessairement la disparition de toute possession. En réalité, tout dépend de ce qui se passe du côté du possesseur intermédiaire. Si ce dernier perd la possession directe, ce peut être, soit parce qu'un tiers l'a acquise, soit parce qu'il l'a restituée à l'"Oberbesitzer".

Dans la première hypothèse , lorsqu'un tiers acquiert la "Gewalt" sur le bien, ce n'est pas seulement la possession médiate qui prend fin, mais toute la possession. Si le possesseur médiat et le possesseur direct étaient d'accord, la possession est perdue définitivement. Mais si le possesseur direct agit de sa propre initiative ou contre la volonté du possesseur médiat, pour ce dernier il y a perte involontaire (118). Bien évidemment, la possession médiate sera également perdue si le possesseur direct perd le bien dans des conditions analogues à celles qui concernent tout possesseur.

A l'hypothèse où un tiers acquiert le pouvoir de maîtrise, doit être assimilée celle où le possesseur direct se retire du rapport juridique qui l'unit au possesseur médiat. Et il peut le faire de deux manières. Tout d'abord, il est possible qu'un possesseur direct se décide un jour à mette fin à la tutelle du possesseur médiat, en intervertissant son titre. Une simple déclaration de volonté ne

---

(117) Cf. supra, n°106 et s.

(118) Sur les conséquences d'une telle perte, cf. infra n° 377.

saurait suffire à produire un tel changement, mais ce dernier peut résulter d'une volonté clairement manifestée par une modification dans l'exercice du corpus (119). Ensuite, il peut se faire que le possesseur direct, en recourant au mécanisme du constitut possessoire, déclare vouloir posséder pour un autre que le possesseur médiat actuel. Normalement ce dernier, par la présence d'un nouveau possesseur médiat, perd tous droits sur le bien et notamment l'action en restitution. Par conséquent, rien de plus normal que de lui refuser la possession médiate (120). Cette solution reste, cependant, fort controversée. Certains estiment que, lorsque le possesseur direct établit un constitut possessoire en faveur d'un tiers, cela ne fait pas cesser la possession médiate initiale. Tout au plus y a-t-il une nouvelle division de la possession, de telle sorte que le possesseur intermédiaire possède pour deux personnes, sans que pour autant ces dernières soient cotitulaires d'un droit, puisqu'en réalité il y a deux rapports juridiques distincts (121). Les deux possesseurs médiats sont alors ce que le droit allemand appelle des "Nebenbesitzer" (122). Mais la théorie de la "Nebenbesitz" ne va pas sans soulever de nombreuses objections qui conduisent à son rejet. La volonté de posséder pour deux personnes que suppose une "Nebenbesitz" ne se conçoit pas lorsque leurs droits s'excluent mutuellement. Comment peut-on concevoir un droit à restitution pour chacun des deux "Oberbesitzer", droit susceptible de s'exercer au même moment ? En fait, en pareille circonstance, il ne faut voir qu'une succession de deux possessions et seul sera possesseur

---

(119) STAUDINGER, op. cit., § 868, 27 - B. G. H. 10 novembre 1965, J.Z. 1966, 234.

(120) R. G. 11 novembre 1932, R.G.Z. 138, 265 (267) - R.G. 5 février 1932, R.G.Z. 135, 75 (78) - SOERGEL, op. cit., § 868, 26 et § 871, 1.

(121) WOLFF-RAISER, op. cit. § 15, II, 2 - WESTERMANN, "Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern" N.J.W. 1956, 1287.

(122) Littéralement "possesseurs juxtaposés", cf. supra, n° 137.

médiat celui à l'égard duquel le possesseur direct aura manifesté en dernier lieu sa volonté de posséder (123). Ce point de vue permet d'expliquer une décision de la Cour Fédérale de Justice, qui, a priori, aurait pu être interprétée comme un renversement de la jurisprudence du Tribunal d'Empire. La Cour a, en effet, reconnu la possibilité pour un acheteur de transmettre le bien à un tiers, moyennant un constitut possessoire, alors que le bien lui avait été vendu sous réserve de propriété. Ce faisant, l'acheteur se reconnaissait deux possesseurs médiats. Mais pour les juges, aucun conflit ne pouvait surgir entre eux. Comme aucun lien n'unissait le tiers et le vendeur demeuré propriétaire, le tiers n'avait aucune action à l'égard du bien, tant que le paiement n'avait pas été effectué. Le tiers ne voyait donc son droit concrétisé qu'au moment où l'acheteur devenait propriétaire. Il y avait bien double possession médiate, mais les effets étaient échelonnés dans le temps, ce qui était analogue à deux possessions successives (124). A contrario, on peut dire que la possession médiate prend effectivement fin, lorsque le possesseur direct se reconnaît un autre "Oberbesitzer".

La possession médiate cesse également dans une deuxième série d'hypothèses, mais en permettant au possesseur médiat de se retrouver alors seul possesseur. Ce qui disparaît, c'est la "Besitzmittlungsverhältnis" qui était à l'origine du dédoublement de la possession. S'agissant d'une situation juridique, elle peut prendre fin d'un commun accord. Mais le possesseur direct peut en prendre l'initiative. On peut concevoir qu'il mette fin purement et simplement à sa propre

---

(123) STAUDINGER, op. cit. § 868, 27.

(124) B. G. H. 24 juin 1958, B. G. H. Z. 28, 16 (27) - Cf. également H. E. HENKE "Der Vorbehaltskäufer-doppelter Besitzmittler", J. Z. 1959, 202 auquel répond un article intitulé de la même manière de F. ZUNFT, J. Z. 1959, 279.

possession, en restituant le bien au possesseur médiat (125). Sans restituer le bien, cette fois, le possesseur direct peut également faire cesser la possession médiate, en mettant fin à sa qualité de possesseur intermédiaire et en demeurant simple détenteur subordonné. Par ce biais, le possesseur médiat passe de la situation d'"Oberbesitzer" à celle de "Besitzherr".

215. - Si l'on excepte certaines particularités propres à la possession médiate, les règles du droit allemand régissant la perte de la possession procèdent de la même inspiration que celles du Code civil. Dans les deux droits, le mécanisme est essentiellement fonction de la nature des éléments constitutifs de la possession. D'ailleurs cette remarque peut également concerner les modes d'acquisition. Et c'est de ce point de vue qu'il faut rechercher une certaine analogie entre les deux législations. Sur le plan des solutions concrètes, il était vain d'attendre une identité de vue, en raison des conceptions totalement divergentes sur la notion même de possession. Le seul point de rencontre se situe donc au plan de la méthode, chacun des deux systèmes se référant très logiquement à sa propre conception de la possession afin d'en établir les règles d'acquisition et de perte. Si la démarche est commune, il est cependant permis de constater qu'elle est beaucoup plus aisée en droit français, les concepts allemands étant, à cet égard, beaucoup moins aptes à fournir des solutions précises.

216. - En définitive, cette dernière constatation peut être étendue à l'ensemble des questions relatives à l'exercice de la possession. Par le lien qu'il établit entre la possession et les droits réels, le droit français consacre une conception relativement étroite de la possession. En contre-partie, cette référence aux droits réels lui sert de guide et lui facilite la solution de bon nombre de problèmes. Cela est particulièrement probant lorsqu'il s'agit de définir qui

---

(125) Cette possibilité est fonction des droits que lui confère l'acte à l'origine du dédoublement de la possession et qui peut avoir prévu certaines modalités pour qu'il soit permis d'y mettre fin (Préavis dans un contrat de bail).

peut être ou non possesseur. Pratiquement, il suffit au droit français de raisonner par analogie avec ce qui est la règle en matière de droits réels. Les conceptions allemandes, au contraire, doivent faire l'objet de minutieux examens, avant qu'il soit permis d'en dégager des réponses suffisamment précises. Et l'impression que l'on ressent devant certaines d'entre elles, est celle d'un vaste labyrinthe où le pouvoir de maîtrise fait office de fil d'Ariane, sans qu'il soit pour autant établi que l'on ne s'égare pas, parfois, dans des impasses ou des voies par trop sinueuses.

CONCLUSION DE LA PREMIERE PARTIE.

217. - L'on pouvait deviner que la notion de possession serait le terrain privilégié des affrontements entre le droit français et le droit allemand. La vue d'ensemble que nous en avons, à présent, confirme cette prémonition. Au départ, rien ne permet aux deux législations d'espérer quelque accord entre elles. Dès l'origine, elles se font de la possession une idée diamétralement opposée que manifeste la place qu'elles lui assignent dans leur ordre juridique respectif. Institution autonome en droit allemand, auxiliaire en droit français, ce sont des possessions fort différentes qui sont consacrées de part et d'autre. Cette dissemblance atteint son apogée dans la détermination des éléments constitutifs, le B.G.B. incluant la détention dans la possession, le Code civil s'y refusant.

Malgré tout, l'antinomie entre les deux systèmes est loin d'être complète. En pratique, les points de rencontre ne manquent pas et ce même à propos des questions où les divergences sont les plus grandes. Au prix parfois d'une déformation de leurs concepts, les deux législations parviennent à des solutions qui, sans être communes, ont un lien de parenté. Cette remarque nous semble particulièrement justifiée à l'égard du droit allemand : très souvent, il se voit dans l'obligation de corriger l'imprécision de ses concepts par des palliatifs qui, en définitive, le rapprochent du droit français.

DEUXIEME PARTIE

LES EFFETS DE LA POSSESSION

217bis.- L'essentiel de ce qui a été dit sur la notion de possession permet de constater une opposition fondamentale et irréductible des législations françaises et allemandes. Mais ce ne peut être là qu'une conclusion provisoire et partielle. Elle ne concerne que l'aspect théorique du débat et mérite d'être vérifiée lorsque seuls les effets de la possession sont en cause.

Le propre de la possession est de faire participer à la vie juridique des situations qui, étant de pur fait, auraient dû lui demeurer totalement étrangères. En réalité, c'est tout le contraire qui se produit et le moins étonnant n'est pas le fait que de telles situations soient légalement protégées. L'existence d'une protection possessoire offre, ainsi, une première possibilité de rencontre aux systèmes du Code civil et du B. G. B. . Tous deux ont été dans l'obligation d'en justifier le fondement et, à cet égard, leurs explications se rejoignent, ce qui ne diminue en rien leurs divergences quant au régime des différentes actions possessoires.

La loi française ou allemande ne se contente pas de protéger la situation du possesseur. Celui-ci peut, dans certaines circonstances, sortir de ce rôle purement passif. Loin de le cantonner à demeure dans une situation de fait, la possession lui offre la possibilité d'en échapper. Elle est alors mode d'acquisition du droit dont elle n'était jusqu'à présent que l'apparence. Cette fonction, inhérente à la posses-

sion et capitale pour le possesseur, se retrouve des deux côtés du Rhin. De part et d'autre, se manifeste la volonté de légitimer la situation d'un individu du seul fait de sa possession, alors même que celle-ci ne correspond à aucun droit.

A l'inverse, il peut se faire que dès le départ, la possession soit la traduction d'un droit dont le possesseur est effectivement titulaire. Cette circonstance ne signifie pas pour autant qu'elle perde tout intérêt, en disparaissant derrière le droit dont elle ne serait que l'image. Bien au contraire, c'est précisément en tant que concrétisation effective et manifeste d'un droit qu'elle peut avoir toute son importance. Cette réflexion se justifie essentiellement pour le droit allemand, lui qui fait du transfert de la possession une condition du transfert de la propriété, mais elle n'est pas dénuée d'intérêt à l'égard du système français.

Ces observations nous dictent l'ordre qu'il faudra suivre pour mesurer tout ce qui sépare ou, au contraire, tout ce qui rapproche, dans les effets de la possession, le droit français du droit allemand :

Chapitre Ier : La protection possessoire.

Chapitre II : La possession, mode d'acquisition des droits réels.

Chapitre III : La possession et la création d'une situation juridique nouvelle.

CHAPITRE Ier : LA PROTECTION POSSESSOIRE.

218. - Traditionnellement, l'étude de la protection possessoire se limite à celle des actions possessoires. L'on peut cependant se demander, s'il ne convient pas de dépasser ce point de vue. Les actions possessoires peuvent être comprises comme essentiellement dirigées vers la protection de la situation de fait en tant que telle. Certes, elles bénéficient à un possesseur ; pourtant ce n'est pas lui qui est directement concerné, mais sa possession. Les actionsposses-soires paraissent ainsi être plus une protection de la possession qu'une protection du possesseur, ou, du moins, si elles le protègent, n'est-ce qu'indirectement. Une protection spécifique du possesseur peut, nous semble-t-il, se découvrir dans d'autres dispositions qui, cette fois, le concernent directement. Il s'agit de règles qui confortent sa situation, sans qu'intervienne au préalable une protection de sa possession. Pour l'essentiel, on envisagera sous cet angle l'effet probatoire de la possession et la protection du possesseur évincé. En pareille circonstance, en effet, la possession n'est que le support de règles protégeant son titulaire.

En définitive, la protection possessoire prend un sens différent selon que l'on insiste surl'un ou l'autre des deux termes du couple possession-possesseur. Cette constatation nousconduit à distinguer une protection de la possession (Section I) et une protection du possesseur (Section II).

Section I : LA PROTECTION DE LA POSSESSION.

219. - En principe, il n'y a de protection de la possession que par les actions possessoires, mais cela ne signifie pas que leur étude épuise tout le débat (Sous-section II). En réalité, il est une question essentielle et préalable, celle qui met en cause le fondement et le domaine de la protection possessoire (Sous-section I). Cette démarche est commune aux deux législations. Cependant, l'originalité de certaines solutions allemandes commande de dépasser ce schéma par trop classique. A côté des actions possessoires, apparaissent certains mécanismes où la protection de la possession peut être obtenue indirectement par des voies originales, soit qu'il est fait appel à des règles du droit commun, soit que l'on use d'une disposition qui se situe à mi-chemin de la protection possessoire et de la protection pétitoire (Sous-section III).

Sous-section I Le fondement et le domaine de la protection possessoire.

220. - A vrai dire, ce qui a toujours paru paradoxal, c'est que la possession soit protégée pour elle-même. Comment justifier qu'une situation de fait soit prise en compte par la loi, au point qu'il lui arrive de triompher d'une situation de droit ? Sur cette question les deux législations connaissent des controverses doctrinales qui ne sont pas sans rappeler celles qui avaient pour objet de déterminer la notion de possession (§ 1). Le principe d'une protection possessoire une fois acquis, encore convient-il d'en tracer le domaine (§ 2).

§ 1 : Le fondement de la protection possessoire.

221. - Aussi bien en France qu'en Allemagne, les opinions divergent lorsqu'il s'agit de justifier l'existence même d'une protection possessoire (A). Cette confrontation doctrinale permet cependant de conclure à une identité de vue entre les deux droits : aucune opinion n'ayant réussi à s'imposer au détriment d'une autre, c'est à

un double fondement que se sont ralliés les deux droits (B).

A) Les controverses doctrinales.

222. - Nombreuses ont été les tentatives doctrinales tendant à découvrir les fondements de la protection possessoire. On y retrouve une nouvelle fois la controverse entre Savigny et Jhering. Au début du XIXe siècle, Savigny (1) propose de réduire la protection possessoire à un seul objectif : le maintien de la paix publique. Ainsi, est avantagé celui qui profite d'une situation de fait au détriment de celui qui tente de la troubler ou d'y mettre fin. Les nécessités d'une certaine stabilité sociale font que le possesseur, bénéficiant d'un état de fait, ne doit pas voir sa situation remise en cause à n'importe quelle occasion. En outre, il est celui qui détient la chose et il paraît légitime de le privilégier, lui qui fait du bien un usage socialement utile (2). Les actions possessoires s'inspireraient alors moins d'une pensée favorable au possesseur, que d'une pensée hostile à l'auteur du trouble (3). Ce dernier s'oppose à une situation qui apparemment doit être tenue pour légitime et qu'il faut donc protéger comme telle.

D'autant plus qu'il arrive un moment où le droit s'accordant avec les faits, c'est lui qui, en définitive, sera protégé au travers de la possession. Seule cette dernière circonstance trouve grâce aux yeux d'Jhering. La possession n'est protégée, selon lui, que parce qu'elle coïncide avec la propriété ou qu'elle y tend (4).

---

(1) Op. cit. (n° 8, note 6), p. 7 et 8.
(2) COLIN, op. cit., n° 367.
(3) VINCENT, Procédure civile, Précis Dalloz, 17° éd., n° 47, p. 67.
(4) JHERING, op. cit.(n° 83, note 6), p. 54.

Les actions possessoires sont alors pour la propriété une garantie provisoire certes, mais rapide et énergique (5). Cette explication aurait, en outre, un avantage considérable pour les propriétaires sur le terrain de la preuve de leur droit. En protégeant la possession, on facilite du même coup la preuve longue et difficile du droit de propriété, preuve qui, sans la présomption attachée à la possession, et sans la prescription acquisitive, serait "une probatio diabolica". Ces deux opinions continuent de dominer le droit français (6).

La doctrine allemande n'est guère moins partagée et si aucun auteur ne se rattache directement aux thèses de Savigny ou d'Jhering, il n'est pas difficile de deviner que celles-ci demeurent présentes à l'esprit de tous. Ainsi retrouve-t-on l'idée selon laquelle la protection possessoire est essentiellement motivée par le souci de préserver la sécurité des relations juridiques ("Friedenstheorie"). Pour beaucoup elle permet de lutter contre les agissements d'un particulier qui, en quelque sorte, se ferait justice à lui-même (7). Mais l'explication d'Jhering n'en est pas pour autant négligée. Bon nombre d'auteurs tentent de justifier la protection possessoire en considération des effets attachés à la possession. Partant, ils estiment que c'est moins l'état de fait que le droit sous-jacent qui bénéficie des actions possessoires et qu'au bout du compte,c'est surtout la propriété qui est ainsi protégée (8). Ces deux explications se partagent équita-

---

(5) Pour la critique de cette opinion au regard du droit romain dont elle serait issue, cf. RADULESCO, op. cit. (n° 18, note 20), p. 33 et s.

(6) WEILL, op. cit., n° 406 - CARBONNIER, op. cit., n° 44, p. 153 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 14, p. 22 - SOLUS et PERROT, Droit judiciaire privé, T. I, 1961, n° 154 - VINCENT, op. cit., n° 47.

(7) PALANDT, op. cit., Ueberblick vor § 854, n° 2 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 17 - V. GIERKE, op. cit., § 9, I - PAWLOWSKI, op. cit. (n° 28, note 41), p. 16 - SCHMELZEISEN, op. cit. (n° 94, note 53), p. 166 et s.

(8) LENT, op. cit., § 3, II.

blement le choix des auteurs. Il n'en va pas de même pour une troisième conception qui demeure très isolée. L'état de fait ne serait pris en considération que parce qu'il est l'oeuvre d'une volonté. L'origine du pouvoir de fait se situant dans la personne du possesseur, elle seule doit donc être protégée (9). Cette thèse n'est pas plus convaincante que celle qui faisait de la possession un droit de la personnalité (10). Seules donc paraissent suffisamment importantes pour être retenues, les analyses qui rattachent le fondement de la protection possessoire, soit au souci de préserver la paix publique, soit à la protection de la propriété.

223. - L'étonnant à propos du fondement des actions possessoires, n'est pas qu'il y ait controverse, mais que celle-ci se situe au sein de chacun des deux droits. On aurait pu, en effet, concevoir que les justifications invoquées de part et d'autre, soient conformes à la notion de possession propre à chacun des deux systèmes. La protection de l'ordre social s'accomode mieux d'une possession totalement objective,alors que la protection de la propriété convient à une possession proche des droits réels. Or, il n'en est rien. Les deux explications se retrouvent des deux côtés du Rhin et l'une d'entre elles sera donc nécessairement en porte à faux au regard de la notion de possession. Ainsi, en droit français, l'on peut s'étonner de voir le partisan d'une notion subjective de la possession se fonder sur une explication qui, normalement, devrait aboutir à ouvrir très largement les voies de la protection possessoire (11). A l'inverse, il est permis de mettre en cause le bien fondé d'une explication qui, dans un système où la possession est totalement détachée du droit, se réfère à la protection de la propriété.

---

(9) PLANCK - BRODMANN, op. cit., Rem. prél. § 854, n° 6.

(10) Cf. supra, n° 67.

(11) HEBRAUD, Encycl. DALLOZ, Rep. civ. 2° éd., v° Actions possessoires, n° 16 - MARTY - RAYNAUD, op. cit., n° 14, p. 22.

Ces contradictions internes permettraient de conclure à une certaine similitude du Code civil et du B. G. B. . Une telle conclusion serait pourtant, à ce stade, par trop hâtive. S'il y a un point de rencontre entre les deux droits, il ne se situe pas à ce niveau. En réalité, si, au mépris de sa propre conception de la possession, chacun des droits a conservé les deux fondements, c'est qu'il a refusé de choisir entre eux et qu'il consacre alors un double fondement de la protection possessoire.

B) Le double fondement reconnu en droit français et en droit allemand.

224. - A examiner plus attentivement les deux concepts avancés pour fonder la protection possessoire, on s'aperçoit qu'ils n'ont rien d'incompatible ; tout au contraire, ils sont parfaitement complémentaires. Et c'est sans doute pourquoi les deux droits se rejoignent, en se refusant à privilégier l'un d'entre eux et en reconnaissant à la protection de la possession un fondement complexe (12).

La doctrine ne peut manquer de souligner que dans la très grande majorité des cas, il y a cumul entre possession et propriété. Ainsi, la protection de la possession conduit à préserver la propriété. Cette réflexion vaut essentiellement pour le droit français où, par définition, la possession est le plus souvent à l'image du droit de propriété. Mais elle est également justifiée en droit allemand. Ce dernier reconnaît, en effet, une présomption de propriété dont peut bénéficier tout possesseur, du moins en matière mobilière. Il est vrai, cependant, qu'au regard de la conception objective défendue par le B. G. B., l'explication la plus satisfaisante est celle qui se réfère à la nécessité de protéger la sécurité des relations juridiques (13). La possession allemande se définissant par la seule "Gewalt", lorsqu'elle fait l'objet d'une protection, c'est avant tout l'attitude de l'auteur du trouble qui est sanctionnée. Tel est égale-

(12) WEILL, op. cit., n° 406 - HEBRAUD, op. cit., n° 17.

(13) PAWLOWSKI, op. cit., (n° 28, note 41) p. 16.

ment le cas en France, lorsque précisément l'état de fait que protégent les actions possessoires, ne correspond à aucun droit et qu'il résulte, en réalité, d'une usurpation. Seul le souci d'assurer le bon ordre et la paix publique peut expliquer qu'en pareille circonstance l'on soit amené à protéger un usurpateur (14).

Il faut donc reconnaître que dans les deux législations existent des motifs identiques suffisamment puissants pour que les deux fondements possibles de la protection possessoire se partagent équitablement les faveurs de la doctrine. En fait, tout est une question de nuances ; en Allemagne, l'on insistera plus volontiers sur le maintien de l'ordre public, alors qu'en France, le souci de protéger la propriété sera prédominant. S'agissant pourtant du droit français, il est nécessaire, nous semble-t-il, de se demander s'il n'y a pas eu un certain glissement, et partant, un alignement sur le droit allemand.

225. - La question mérite d'être posée à propos de la loi du 9 juillet 1975, accordant la protection possessoire au détenteur précaire (15). Jusqu'à cette date, les auteurs estimaient que le régime des actions possessoires traduisait assez fidèlement les deux fondements reconnus à la protection possessoire. Ainsi la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre, reposant essentiellement sur la vraisemblance du droit et exigeant une possession caractérisée, sont à l'image des idées développées par Jhering. En revanche, la réintégrande, visant à mettre fin aux actes de violence, est un moyen de garantir la paix publique, ce qui justifiait qu'elle fût accordée au simple détenteur (16). Mais à l'heure actuelle, à partir du moment où la loi accorde le bénéfice de toutes les actions possessoires au détenteur précaire, n'y a-t-il pas lieu de croire qu'elle privilégie l'intérêt social plutôt que celui du propriétaire ? Ne serait-on pas

---

(14) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 154, et 155.

(15) Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, J.O. 10 juillet 1975, p. 1076 - Code civil : articles 2282 et 2283.

(16) Cf. infra, n° 266. HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 19.

alors très proche des conceptions allemandes qui, tout en ne négligeant pas totalement la protection de la propriété, insistent sur la primauté due à la sécurité des relations juridiques ? Ce point de vue nous semble parfaitement justifié. Et de la sorte, il y a sans conteste un rapprochement entre les législations allemande et française, toutes deux conservant les fondements traditionnels, mais toutes deux donnant la prépondérance à celui qui se soucie de la paix publique.

La loi du 9 juillet 1975 permet-elle d'aller plus avant et de rompre avec les explications retenues jusqu'ici ? Un auteur l'a estimé, qui se fonde sur le fait que, désormais, les actions possessoires ne se limitent plus aux seuls droits réels, mais valent également pour les droits personnels (17). Cette constatation le conduit à trouver le fondement de la protection possessoire dans l'opposabilité du droit à autrui (18). Cette thèse ne nous convainc pas. Certes, on ne peut nier qu'en accordant la protection possessoire au détenteur précaire, la loi opère un rapprochement singulier entre les droits réels et les droits personnels (19). Mais pourquoi faudrait-il, en matière de protection possessoire, se référer aux droits qui unissent le possesseur et le détenteur, alors que l'on ne s'en préoccupe pas lorsque le possesseur est seul en cause ? Bien évidemment dans cette dernière hypothèse, les actions possessoires assurent une protection indirecte de la propriété ou de tout autre droit réel, mais, d'une part, on a pu le constater, la possession ne coïncide pas toujours avec un droit (20) et, d'autre part, le régime des actions possessoires est totalement indépendant des droits qui ont pu donner naissance à la situation de fait qu'elles protègent. Ainsi, avant même la loi du 9 juillet 1975, un contrat de bail n'était pas moins opposable qu'il l'est aujourd'hui.

---

(17) G. GOUBEAUX, "L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs (loi du 9 juillet 1975)", Rép. Defr. 1976, art. 31062, n° 5, p. 377.

(18) G. GOUBEAUX, ibidem.

(19) Ce rapprochement ne va pas aussi loin qu'en droit allemand, puisque la qualité de possesseur continue à être refusée au détenteur ; comp. supra, n° 117.

(20) Cf. supra, n° 223.

La protection possessoire n'y ajoute rien. Ce sont les seules relations entre le bailleur et le preneur qui se trouvent modifiées, le preneur ayant obtenu le droit d'intenter des actions jusqu'ici réservées au seul bailleur. C'est donc uniquement du point de vue du détenteur que peut se constater "une tendance à la réalité" de son droit, mais non de celui des tiers. A leurs yeux, que le droit soit réel ou personnel, c'est la situation de fait qu'il a engendrée qui doit être respectée (21). Et une telle situation a depuis toujours bénéficié d'une protection possessoire. Tout au plus peut-on dire que depuis la loi du 9 juillet 1975, l'efficacité de cette protection se trouve accrue, puisqu'en principe, pour une même situation de fait, deux personnes peuvent agir.

226. - Si, en définitive, seul est retenu le double fondement de la protection possessoire qui allie le souci de la paix publique au respect du droit de propriété, il est permis de constater une très large similitude entre les systèmes du Code civil et du B. G. B. . Quelles que soient leurs divergences sur la notion de possession, ils ont été contraints de reconnaître le bien-fondé des règles protégeant la possession en empruntant des voies pratiquement identiques. Cela est devenu d'autant plus exact que le droit français a fini par faire prédominer, à l'image du droit allemand, les nécessités de l'ordre social. Cette unanimité ne se retrouve guère dans la détermination du domaine des actions possessoires.

§ 2 : Le domaine de la protection possessoire.

227. - Il aurait été surprenant que les deux droits parviennent à un accord complet sur la détermination du domaine de la

(21) Sur la distinction entre les obligations qu'un contrat fait naître et la situation de fait qu'il crée, cf. notamment : WEILL, La relativité des contrats en droit privé français, Thèse Strasbourg, 1939 - FLOUR-AUBERT, op. cit., n° 431 et s.

protection possessoire. Ce domaine est d'abord celui de la possession. Or, sur ce point déjà, les deux droits divergent (22). Et cela ressort plus particulièrement du sort qu'ils réservent à la protection des biens du domaine public (B). Mais là n'est pas le trait le plus significatif de cette question. Le droit français, en limitant la protection possessoire à la seule possession immobilière se singularise et choisit une voie tout à fait originale dont il convient de montrer ce qui la sépare du droit allemand (A).

A) Biens meubles ou immeubles.

228. - L'originalité du droit français réside dans l'absence de protection possessoire en faveur du possesseur de meubles. A vrai dire, aucun texte n'est à l'origine de cette exclusion. Il convient donc de s'en remettre aux explications doctrinales. Celles-ci se fondent sur l'article 2279 du Code civil. Cette disposition aurait le mérite de rendre inutile toute protection possessoire des meubles, puisqu'elle a pour conséquence de lier le possessoire et le pétitoire. La possession en matière de meubles valant titre de propriété, il serait superflu de distinguer entre le pétitoire et le possessoire (23).

Une pareille justification ne convainc qu'à moitié. Certes, grâce à l'article 2279 du Code civil, en matière de meubles, possession et propriété se confondent le plus souvent. Il est cependant des cas où une protection possessoire mobilière retrouverait toute son utilité : ainsi, lorsqu'il s'agit de meubles perdus ou volés. Une protection possessoire pourrait alors se concevoir dans les hypothèses exceptionnelles où l'éventualité d'une revendication mobilière subsiste. La loi du 9 juillet 1975 invite-t-elle à une évolution dans

(22) Cf. supra, n° 43 et s.

(23) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 159, p. 146 - PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 184 - HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 206.

ce sens ? Sans doute les articles 2282 et 2283 n'infirment,ni ne confirment l'exclusion de la protection possessoire en matière mobilière. Mais ils ont considérablement modifié les données du problème. Si, jusqu'à présent, les hypothèses où une protection possessoire aurait pu se concevoir, demeuraient exceptionnelles, c'est que sa mise en œuvre supposait une possession animo domini : or, en pareil cas, l'article 2279 du Code civil avait toutes les chances de s'appliquer. En supprimant l'exigence d'une possession animo domini, la loi nouvelle ouvre largement les portes d'un domaine où l'article 2279 n'aura jamais à s'appliquer et où, par conséquent, les intérêts d'une action possessoire seraient évidents. Pour l'essentiel, cela concernerait tous ceux qui sont détenteurs d'un meuble et qui ne sauraient voir leur situation protégée que par une action possessoire (24). Cependant, même si cette loi invite à une semblable évolution, il paraît hasardeux d'affirmer que la jurisprudence suivra cette voie, en l'absence de toutes dispositions légales expresses en ce sens.

229. - L'absence de protection possessoire mobilière ne va pas sans inconvénients. Certaines questions ont été rapidement réglées. Ainsi, la jurisprudence estime-t-elle que les immeubles par destination peuvent faire l'objet d'une action possessoire (25). Dans le même sens, les tribunaux ont admis l'action possessoire, lorsqu'il s'agissait de rétablir des objets mobiliers, tels que les traverses de chemin de fer, s'ils constituaient l'accessoire nécessaire de l'affectation donnée au terrain (26).

---

(24) Cette opinion est défendue par G. GOUBEAUX, op. cit. (n° 225, note 17), n° 7, p. 381, qui démontre qu'elle aurait le mérite d'éviter à la jurisprudence de devoir accorder une action en revendication à un détenteur de meubles qui vient d'être volé : Aix, 19 décembre 1950, J.C.P. 1951, II, 6491, note PIERRARD.

(25) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 206.

(26) Civ. 1°, 25 novembre 1959, J.C.P. 1959, IV, 165.

D'autres questions ont été plus controversées et parmi elles figure notamment celle qui a trait à la protection possessoire des universalités. La discussion à propos de ces dernières a été alimentée par des arguments tirés de l'ancien droit. Celui-ci admettait que les universalités de meubles puissent faire l'objet d'une action possessoire. Cette solution figurait à l'article 97 de la Coutume de Paris et à l'article 489 de la Coutume d'Orléans. Ces dispositions se virent confirmées par l'article premier du titre XVIII de l'ordonnance de 1667 et par l'interprétation qu'en donna Pothier (27). Aujourd'hui pourtant, la controverse est close, mais il est vrai qu'elle n'a pas été résolue sur le plan de la protection possessoire. En réalité, seul un bien corporel pouvant être soumis à un pouvoir de fait, l'universalité échappe à la protection possessoire parce qu'elle ne peut être l'objet d'une possession (28).

230. - Sur cette question le droit allemand a le mérite de la simplicité puisqu'il accorde la protection possessoire indifféremment aux possesseurs de meubles ou d'immeubles. La raison en est facile à deviner et elle conforte, a contrario, l'argumentation développée en droit français. S'il a pu paraître nécessaire au B. G. B. d'accorder les actions possessoires en matière mobilière, c'est qu'il ignore une disposition comparable à l'article 2279 du Code civil. En fait, il distingue soigneusement, d'une part, la fonction probatoire de la possession (§ 1006) et, d'autre part, sa fonction acquisitive (§ 932). Or, pour cette dernière, le possesseur allemand ne peut invoquer sa seule possession comme titre de propriété. En effet, en cas d'acquisition " a non domino", le § 932 du B. G. B. exige un juste titre.

---

(27) POTHIER, op. cit. (n° 13, note 12), n° 94. V° également : BOURCART, Des interdits uti possidetis et utrubi en droit romain - Des actions possessoires en droit français, Th. Paris, 1880, p. 282.

(28) Cf. supra, n° 44.

A aucun moment donc, le possessoire et le pétitoire ne se confondent et une protection possessoire mobilière est tout à fait justifiée. D'autant plus que le B. G. B. connaît pour les mêmes raisons une prescription acquisitive mobilière, au cours de laquelle il peut être nécessaire de protéger la possession (29).

Les deux législations divergent donc ici, sans qu'aucun point de rencontre ne vienne nuancer leur opposition. On a vu, au contraire, la solution de l'un renforcer celle de l'autre.

B) Biens du domaine public.

231. - Outre-Rhin, les biens du domaine public peuvent être soumis à la "Gewalt" et, par conséquent, l'existence d'une protection possessoire à leur égard s'impose en toute logique (30). En droit français, les difficultés ne devraient pas être très nombreuses, mais pour une raison inverse, le principe étant que ces biens échappent aux règles de la possession (31). La réalité est plus complexe. De prime abord, la nature juridique du domaine public paraît incompatible avec l'exercice des actions possessoires, aussi bien par l'Administration que par les particuliers. Le domaine public est par essence rebelle à l'idée d'appropriation et, partant, à celle de possession. Ce principe a notamment pour effet d'entraîner une inaliénabilité du domaine public (32). A l'heure actuelle, pourtant, doctrine et jurisprudence s'accordent à reconnaître une double atténuation à l'impossibilité d'exercer une action possessoire ayant pour objet un bien du domaine public. Il est admis que les actions possessoires sont désormais offertes, d'une part, à l'Administration pour défendre son domaine, d'autre part, à certaines personnes à qui des droits sur le domaine pu-

(29) Cf. infra, n° 405. WAELBROECK, Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé, 1961, n° 896.

(30) Cf. supra, n° 45.

(31) Cf. supra, n° 43.

(32) AUBY et DUCOS-ADER, Droit Administratif, Précis DALLOZ, 3° éd., n° 217-DE LAUBADERE, Traité de Droit administratif, 2° vol., 6° éd. n° 313-JOUSSE, Les traits principaux du régime des biens du domaine public, 1938, n° 105.

blic ont été concédés (33). De la sorte, l'antinomie entre le système français et le droit allemand se voit considérablement réduite.

232. - En conclusion, si l'on tente de dresser un bilan des questions relatives au fondement et au domaine de la protection de la possession, les deux droits nous paraissent fort proches. Une seule divergence, mais de taille : la limitation du bénéfice des actions possessoires, en France, au seul possesseur immobilier. A tous autres égards, on a pu noter combien les positions respectives de chacune des deux législations étaient fort peu éloignées les unes des autres. De ce point de vue, l'évolution du droit français est particulièrement significative : au sein de toutes les explications tendant à justifier l'existence d'une protection possessoire, il a fini par choisir celle qui triomphait déjà en droit allemand.

Sous-section 2 : Les actions possessoires.

233. - Les actions possessoires méritent que l'on s'arrête tout d'abord quelque peu sur leur origine, car leur histoire témoigne de la lente évolution de la possession vers sa pleine autonomie (34). L'origine lointaine des actions possessoires françaises doit être recherchée dans les interdits du droit romain. Ceux-ci ne concernaient, au départ, que des biens insusceptibles d'appropriation, mais ils furent peu à peu étendus à la propriété et aux droits réels. Au Moyen-Age, l'ébauche des actions possessoires, telles que nous les connaissons aujourd'hui, fut l'oeuvre autant des juridictions ecclésiastiques que des juridictions laïques. Toutes puisèrent, cependant, à des sources fort diverses. Ainsi la complainte a-t-elle une origine

(33) Cf. infra, n° 269-La détermination du domaine de la protection possessoire est une question préalable à celle de l'étude des actions possessoires, qu'il faut distinguer des conditions requises par ces dernières.

(34) V. notamment : ALAUZET, Histoire de la Possession et des actions possessoires en droit français (1849)-MICHELET, La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire, Paris, 1973, n° 8 et s., ainsi que l'abondante bibliographie qui y est citée.

coutumière et ses traits ne furent précisés qu'au XIIIe siècle (35). La réintégrande est, quant à elle, une création du droit canonique. Celui-ci organisait, pour barrer la route aux actes de vidence, un "remedium spolii" dont l'application a été très répandue (36). Seule, en définitive, la dénonciation de nouvel oeuvre a été directement inspirée du droit romain, en ce qu'elle est la reproduction lointaine de la "novi operis denuntiatio" (37).

Très vite, cependant, les actions possessoires se sont confondues, encore que cette affirmation soit controversée. Ce qui ne fait pas de doute, c'est le rapprochement de la dénonciation de nouvel oeuvre et de la complainte, au point que toutes deux ne furent plus connues que sous le nom de complainte en cas de saisine et de nouvelleté (38). Le cas de la réintégrande est plus discuté, certains estimant qu'elle est demeurée longtemps comprise dans la complainte (39). Le Code civil ayant omis de préciser quelles étaient les actions possessoires, ce fut à la jurisprudence qu'il revint de reconnaître leur pluralité. Aujourd'hui l'existence distincte de la complainte, de la dénonciation de nouvel oeuvre et de la réintégrande n'est plus guère discutée, encore qu'aucuntexte ne soit venu depuis la consacrer : le Code de procédure civile n'a pas réparé l'oubli du Code civil. Mais la loi du 27 janvier 1838, reprise dans l'article 7 de la loi du 12 juillet 1905, reproduisait la liste des actions possessoires. Cependant, l'article 7 du décret du 22 décembre 1958 qui a abrogé la loi de 1905 se contente de parler des actions posses-

---

(35) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 10.

(36) HEBRAUD, op. cit., n° 8.

(37) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 156.

(38) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 211, p. 221.

(39) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 12.

soires sans les nommer expressément (40).

Les auteurs allemands ne se préoccupent guère de l'origine des actions possessoires connues de leur droit. Ce n'est pas que l'ancien droit allemand les ignorait, bien au contraire (41). Toutefois, cette absence de référence historique s'explique par l'apport du B.G.B. D'une part, il a pris soin de prévoir expressément les différentes actions possessoires (§ 858 à 867, § 869). Ces dernières sont celles que connaît le droit français ; il est cependant intéressant de noter qu'en fait le B. G. B. ne distingue formellement que deux actions : le § 861 se réfère à la réintégrande, le § 862 à la complainte et à la dénonciation de nouvel oeuvre. D'autre part, l'originalité du B. G. B. a été de ne pas se limiter à ces seules actions. Dans son § 859 il organise, contre les actes de violence, une sorte de légitime défense du possesseur : celui-ci se voit reconnaître le droit de repousser par la force toute voie de fait illicite. Moyen de défense énergique, le § 859 n'est pas loin du "remedium spolii" de l'ancien droit français. Cette disposition tout à fait remarquable soulèvera un certain nombre de difficultés propres au droit allemand.

---

(40) Sur cette question, certaines divergences subsistent, SOLUS et PERROT estiment que "le sens de l'évolution n'est pas douteux : le droit moderne, fidèle à la tradition, a maintenu les distinctions originaires" ; op. cit. nº 156, in fine. M. VINCENT, au contraire, se demande s'il ne faut pas céder au courant visant à l'unification, courant que reflèterait le mouvement qui s'est dessiné du XVIe au XIXe siècle; op. cit., nº 49.

(41) Cf. REGELSBERGER, "Die gerichtliche Besitzschutz nach römischem Rechte, nach gemeinem Rechte und nach dem B. G. B.", Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, 1907.

234. - Ce cas excepté, la question des actions possessoires se pose dans les deux législations en des termes fort comparables. Au premier chef de ces questions, figure celle de la définition du trouble possessoire. C'est une étape qui permet de préciser l'une des conditions de la protection possessoire (§ 1). L'autre condition doit être recherchée du côté de celui qui intente l'action. Faut-il être possesseur au sens plein du terme ou peut-on se contenter de détenir la chose ? Sur ce point le rapprochement des deux droits est particulièrement significatif, en raison de l'évolution des conceptions françaises (§ 2). L'analyse serait incomplète si l'on ne faisait pas allusion aux règles de procédure dont la plus marquante est celle du non-cumul du possessoire et du pétitoire. On la retrouve de part et d'autre du Rhin, avec cependant des nuances importantes (§ 3). Ces trois premiers points permettront de cerner avec plus de précision la nature juridique des actions possessoires (§ 4).

§ 1 : Le trouble possessoire.

235. - Tout acte de la part d'un tiers n'entraine pas nécessairement la faculté pour le possesseur d'exercer une action possessoire. Pour être pris en considération, le trouble doit répondre à certaines conditions. Les unes sont communes à toutes les actions et facilitent ainsi l'esquisse de la notion de trouble possessoire (A). Les autres, en revanche, ne se comprennent qu'en fonction du particularisme de chacune des actions (B). Cette distinction est commune aux deux législations, mais elle laisse subsister bon nombre de divergences.

A) La notion de trouble possessoire.

236. - Les démarches du Code civil et du B. G. B. ne sont pas tout à fait comparables. Le premier permet de dégager la notion de trouble possessoire à partir des conditions communes aux différentes actions. Le second procède d'une manière inverse. Il commence par poser une définition très générale du trouble, définition qu'il convient ensuite d'adapter aux différentes situations propres à chacune des actions.

237. - En France, le trouble possessoire se définit généralement comme étant tout acte impliquant une contradiction à la possession d'autrui. Cette définition est trop vague et le mérite des tribunaux est d'avoir tenté de mieux la préciser. C'est ainsi qu'il a été décidé que l'on doit considérer "comme trouble donnant ouverture à l'action possessoire, tout fait matériel ou tout acte juridique qui, soit directement, et par lui-même, soit indirectement et par voie de conséquence, constitue ou implique une prétention contraire à la possession d'autrui" (42). Pourtant, il n'est pas certain que les tribunaux aient réussi dans leur tâche. Comment, en effet, définir ce que l'on entend par l'expression "contradiction apportée à la possession d'autrui" ? Il faut bien reconnaître qu'en soi elle ne signifie pas grand-chose. Tout au plus indique-t-elle que le trouble doit réaliser une atteinte non seulement au fait, mais également au droit de la possession (43). Ce n'est pas, à notre avis, une raison suffisante pour limiter le trouble au seul fait dont la répétition tendrait à grever un fonds d'une servitude (44). Outre qu'une telle définition ne tient pas compte de la dépossession, elle tend à faire croire, à tort, que les faits doivent être de nature à permettre à leur auteur d'acquérir un droit sur la chose. Cependant, si la notion de "contradiction apportée à la possession d'autrui" prête à discussion, elle commande malgré tout un certain nombre de conditions qui, elles, sont incontestées.

Ainsi le trouble doit-il avoir pour origine un acte volontaire, impliquant précisément la volonté de porter contradiction à la possession d'autrui (45). Cette volonté, ainsi définie, est suffisante;

---

(42) Civ. 11 janvier 1910, D.P. 1911,1,131, 3° espèce.-V. également : Req. 14 mai 1878, D.P. 1878, 1, 39-Req. 31 janvier 1876,D.P. 1876, 1, 112-Req. 17 février 1914, D.P. 1917,1,194-Comp.:Soc. 21 février 1947, D. 1947, 239.

(43) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 195.

(44) Comp. LAPLATTE, Aux confins de l'action possessoire. Etude sur la notion de trouble possessoire, 1941, p. 11.

(45). Civ. 27 novembre 1895,D.1896,1,247-Civ.3°, 6 janvier 1976, Bull. civ. I, n° 1, p. 1.

elle ne saurait être interprétée comme devant traduire une intention particulière chez l'auteur du trouble (46). De plus, cette condition s'analyse objectivement, en ce sens que la volonté de troubler la possession résulte des faits eux-mêmes et que, par conséquent, il importe peu que l'auteur du trouble ait par la suite reconnu le droit du possesseur (47). Il en résulte que la bonne foi est totalement inopérante (48).

Quant aux conséquences du trouble, elles peuvent être dommageables et le possesseur en obtiendra réparation. Cependant, le trouble et le préjudice demeurent des éléments indépendants l'un de l'autre. Il y a trouble de la possession même si les faits caractérisant la contradiction ne causent aucun préjudice (49). A l'inverse, un dommage peut se produire et ne donner lieu qu'à une action en dommages-intérêts, si le fait dommageable n'implique pas une contradiction à la possession (50).

Il est donc ainsi possible de systématiser, au moins dans une certaine mesure, les conditions que doivent remplir les faits donnant ouverture à l'action possessoire. La tâche n'est pas aisée, en l'absence de toute définition légale. C'est précisément d'une telle définition dont peut s'aider la doctrine allemande.

(46) Req. 16 juin 1868, D. P. 1869.1.99.

(47) Req. 16 juin 1868, précité note 46 ; Civ. 9 juin 1885, D.P. 1886, 1, 128. Comp. Req. 24 mai 1892 D.P. 1893,1,16 où l'action possessoire est refusée, l'auteur du trouble ayant dans l'intervalle remis les choses en l'état.

(48) Civ. 1er mai 1889, D.P. 1890, 1, 479.

(49) Ch. réunies 25 février 1889, D.P. 1890,1,478-Req. 6 mars 1934, D.H. 1934,202-Civ.1°, 28 février 1966, Bull. civ. I, n° 139, p. 108.

(50) T. civ. Lyon 8 décembre 1928, G.P. 1929, 1, 560 ; Rev. trim. dr. civ. 1929, 468, obs.SOLUS.

238. - C'est le § 858 du B. G. B. qui définit le trouble possessoire, et il le fait en usant du terme générique de "voie de fait illicite" ("Verbotene Eigenmacht") (51). Le trouble possessoire est donc évoqué d'une manière générale, contrairement à la démarche française. Ce n'est pas à dire que les difficultés soient sensiblement moindres qu'en droit français. A proprement parler, le B. G. B. se contente de dire que le fait du tiers peut consister aussi bien en une dépossession qu'en un simple trouble. Seulement cette dépossession ou ce trouble doivent réunir les conditions d'une voie de fait illicite.

Cette dernière exigence suppose donc que soit défini, en premier lieu, ce que l'on entend par voie de fait illicite. En réalité, il ne faut pas se laisser tromper par ce qui n'est qu'une commodité terminologique. Sur ce point, le § 858 apporte quelques précisions : "commet un acte illégal, celui qui, sans le consentement du possesseur, le dépossède ou le trouble dans sa possession, à moins que la loi n'autorise cette dépossession ou ce trouble (voie de fait illicite)". Autrement dit, tout acte qui, sans le consentement du possesseur ou sans justification légale, trouble la "Gewalt", est une voie de fait illicite (52). L'acte illicite étant caractérisé de cette manière, l'importance qui doit être accordée à l'attitude du possesseur apparaît

---

(51) Cette disposition remplit d'ailleurs une autre fonction qui est celle de définir le vice de violence ; cf. supra, n° 155.

(52) R.G. 27 mai 1903, R.G.Z. 55, 55 qui prend soin de préciser qu'il est inutile, pour qu'il y ait voie de fait, que soit violée une interdiction légale - R.G. 3 mai 1904, J.W. 1904, p. 361 - R.G. 12 décembre 1927, J.W. 1928, 497, note L. RAAPE - O. L. G. Hambourg, 5mai 1913, O. L. G. 31, 308 - L. G. AUGSBOURG, 30 novembre 1956, F. Z. V , n° 7291 - K. G. 22 juin 1967, F. Z. XIV n° 2732 - Sur la notion d'autorisation de la loi qui ôte à l'acte son illicéité, cf. O. G. H. 1 juillet 1948, F. Z. I, § 858, p. 93. - A. G. FRANKFURT, 4 décembre 1957, F. Z. V, n° 7296.

clairement. C'est au fond de lui que dépend la qualification du trouble et, dans ces conditions, il n'est pas étonnant que se soit développé un important contentieux à propos de son éventuel consentement. Tout d'abord, le consentement ne peut être donné que par le possesseur direct, dans la mesure où c'est ce dernier qui est la première victime de la voie de fait (53). Mais là n'est pas la difficulté majeure. Celle-ci réside dans la nature de son consentement. Il a été admis qu'on ne saurait lui appliquer les règles du droit commun. En fait, plutôt que de parler consentement, ce qui se réfère à une notion psychologique, il vaudrait mieux faire allusion à l'attitude concrète du possesseur. Ainsi, à partir du moment où un possesseur ne s'opposerait pas ou laisserait faire en pleine connaissance de cause, l'acte portant atteinte à sa possession cesserait d'être illicite. C'est d'ailleurs l'attitude qu'adoptent les tribunaux en refusant , notamment, d'appliquer les règles des vices du consentement (54). Bien évidemment, il est parfois délicat de ne pas se référer aux règles du droit commun et la jurisprudence n'échappe pas à cette tentation (55).

---

(53) STAUDINGER, op. cit., § 858, n° 7.

(54) B. G. H. 15 novembre 1951, B. G. H.Z. 4, 11 (34) - B. G. H. 11 juin 1953, N. J. W. 1953, 1506, note V. HOCH. Cf. également : MEYER, op. cit. (n° 166, note 67), p. 20 et s.

(55) STAUDINGER, op. cit., § 858, n° 7. Ainsi les tribunaux précisent-ils, comme s'il s'agissait d'un acte juridique, quand et comment le consentement doit intervenir : R. G. 7 février 1908, R. G. Z. 67, 387 - O. L. G. Fribourg 18 décembre 1952, J. Z. 1953, 473.

En définissant ainsi le trouble possessoiree, le droit allemand paraît plus sévère que le droit français, du moins si l'on se place du côté de l'auteur du trouble. En effet, si l'acte dommageable qui conditionne les actions possessoires doit avoir pour conséquence un trouble ou une dépossession, c'est là une condition suffisante. Point n'est besoin qu'en lui-même il exprime une contradiction apportée à la possession d'autrui. Il en résulte que tout acte dommageable pour un possesseur peut faire l'objet d'une action possessoire, alors qu'en France cet acte doit également contredire la possession de la victime (56). De cette dernière condition, il résultait que l'acte devait être volontaire de la part de son auteur ; tout normalement cette condition ne se retrouve pas en droit allemand (57).

---

(56) Contrairement à la jurisprudence française, les tribunaux allemands ne refusent pas la protection possessoire en cas d'acte simplement dommageable ; ainsi des émanations de fumées et de gaz endommageant des plantes sur un fonds voisin, constituent-elles un trouble possessoire : R. G. 4 octobre 1922, R. G. Z. 106, 213 (215) - B. G. H. 14 avril 1954, F. Z. IV n° 2472 - V. également L. G. Mannheim, 29 mai 1963, F. Z. IX n° 2075 - L. G. Mannheim, 24 juillet 1963, F. Z. X n° 2745 - L. G. Köln 20 juin 1963, F. Z. XIII, n° 2815 où l'action est dirigée contre un locataire exerçant ses talents de musicien de manière intempestive.

(57) STAUDINGER, op. cit., § 858, n° 3.

Seul, en définitive,le refus dans les deux législations de tenir compte de la bonne foi de l'auteur du trouble constitue un point de rapprochement (58). De ce point de vue, la solution allemande se comprend d'autant mieux que la notion même de voie de fait illicite est difficilement compatible avec l'existence de la bonne foi.

En fin de compte, les deux droits ne s'accordent guère pour définir la notion de trouble possessoire. Mais en pratique, cette divergence importe peu. A partir du moment où, quelle que soit sa nature, le fait donnant droit à la protection possessoire doit consister soit en une dépossession, soit en un simple trouble, on peut espérer un certain rapprochement quant au caractère du trouble propre à chacune des actions possessoires.

B) Les caractères du trouble possessoire.

239. - S'il est vrai qu'en examinant les conditions requises par chacune des actions possessoires, les deux droits sont assez proches l'un de l'autre, cette constatation ne vaut que pour les actions qui leur sont communes, la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre, d'une part (1°), la réintégrande, d'autre part (2°). Une place à part doit être réservée à une action propre au droit allemand et qui confère au possesseur une sorte de légitime défense (3°).

1° Complainte et dénonciation de nouvel oeuvre.

240. - Le droit français a fini par distinguer la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre (59). Il n'en demeure pas moins vrai qu'un lien très étroit les unit. Elles ne diffèrent que par la nature du trouble et il en résulte que l'une, la dénonciation de nouvel oeuvre, peut être considérée comme une simple variante de l'autre.

---

(58) R. G. 7 février 1908, précité, note 55.
(59) Cf. supra, n° 233.

La complainte protège le possesseur contre les troubles actuels (60). Tout acte mettant en cause la possession peut être considéré comme un trouble donnant droit à la complainte. Ce trouble peut être indifféremment un trouble de droit ou un trouble de fait. Dans le dernier cas, les exemples sont multiples et il ne saurait être question, dans le cadre de cette étude, d'en dresser un tableau exhaustif. Il suffit de noter qu'un trouble de fait n'existe que pour autant qu'il y ait une agression matérielle contre la possession (61). La qualification de l'acte relève du pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond (62). Encore faut-il que le juge ne se dérobe pas, en omettant de préciser exactement en quoi les faits relevés constituent effectivement un trouble (63). Il est vrai qu'il dispose d'un assez large pouvoir et qu'en présence de faits inexactement qualifiés de voie de fait par le demandeur, il peut leur restituer leur véritable nature (64).

---

(60) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 100 - WEILL, op. cit., n° 410. V. également R. DE BIRAGUE D'APREMONT, La complainte possessoire, Th. Paris, 1902.

(61) Ainsi des actes de passage peuvent-ils être constitutifs d'un trouble. Civ. 15 juillet 1845, D.P. 1845.1.312 - Il en va de même des travaux de toute nature que peut faire l'auteur du trouble, tant sur son fonds que sur celui du plaignant : Req. 17 janvier 1894, D.P. 1894,1,208 - Req. 29 novembre 1933, S. 1934.1.88 - Ch. civ. 11 décembre 1934, G. P. 1935.1.239 - Req. 23 février 1937, D. H. 1937, 218 ; Rev. trim. dr. civ. 1937, 390 obs. SOLUS.

(62) Civ. 3°, 8 novembre 1972, Bull. Civ. III, n° 586, p. 431.

(63) Civ. 3°, 1 mars 1968, Bull. Civ. III, n° 85 - Civ. 3°, 19 décembre 1968, Bull. Civ. III, n° 571, p. 437.

(64) Civ. 1°, 11 juin 1960, Bull. Civ. I, n° 320, p. 263 - Civ. 1°, 1 juin 1960, Bull. Civ. I, n° 310, p. 256 - Cf. HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 100 à 104.

Le trouble de droit résulte, quant à lui, de tout acte juridique impliquant une prétention contraire à la possession. Si une simple déclaration verbale ne saurait suffire, il n'y a pas lieu de respecter des formes particulières (65). L'origine d'un trouble ainsi caractérisé peut être fort diverse. Il peut émaner d'un acte extrajudiciaire (66) aussi bien que d'une contestation judiciaire. Plus particulièrement dans ce dernier cas, une action possessoire intentée à mauvais escient peut être un trouble de droit à l'égard du défendeur (67). Il faut même voir un trouble de droit dans toute dénégation de la possession en justice (68). Sans conteste, l'admission d'un trouble de droit réalise une extension de la protection possessoire. Certains ont jugé cet élargissement par trop hasardeux (69). Partant du principe que seul le corpus pouvait être troublé, et que le trouble de droit s'adressait en réalité à l'animus, il a été proposé de le limiter au seul trouble provoqué par l'administration ou par des actes administratifs (70). C'est sans doute aller trop loin. Admettre le

---

(65) Civ. 1°, 30 octobre 1950, Bull. Civ. I, n° 207, p. 158.

(66) Ainsi peuvent constituer des troubles de droit, les délibérations d'un conseil municipal décidant le partage d'une coupe de bois entre tous les administrés, alors que seuls certains d'entre eux avaient un droit de coupe : Civ. 24 février 1874, D.P. 1874, 1, 233. Il en va de même d'un arrêté déclarant chemin rural, un sentier sur lequel un administré a un droit de passage : Ch. civ. 15 avril 1890, D.P. 1890.1.442.

(67) Req. 14 mai 1877, S.1878. 1.322.

(68) Req. 5 avril 1869, D.P. 1869, 1, 524.

(69) STEINER, Le trouble de droit dans les actions possessoires, Thèse, Strasbourg, 1938.

(70) STEINER, précité note 69, p. 101 et p. 108.

trouble de droit renforce l'efficacité de la complainte. En effet, l'affirmation d'une prétention contraire à la possession laisse présumer que son auteur ne se limitera pas aux seules déclarations d'intention et tentera de réaliser matériellement le droit allégué. Il est donc utile que le possesseur puisse se défendre de manière préventive, ce qui est le cas si un trouble de droit lui donne la possibilité de recourir à la complainte (71).

241. - A l'encontre des troubles simplement éventuels, le possesseur dispose de la dénonciation de nouvel oeuvre (72). Elle vise à mettre fin à des travaux qui, une fois achevés, risqueraient de causer un trouble à la possession. Le fait donnant droit à une telle action est donc celui qui entraîne un simple risque pour le possesseur. Il en résulte qu'une telle action ne peut être engagée que pour autant que les travaux ne sont pas achevés ; une fois achevés, s'il y a trouble, seule la complainte peut être exercée. Ainsi caractérisée, la dénonciation de nouvel oeuvre apparaît comme "l'exercice préventif de la complainte" (73).

---

(71) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 112.

(72) HAMELIN, De la dénonciation de nouvel oeuvre en droit romain et en droit français, Thèse, Paris, 1887.

(73) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11) n° 140 - Req. 4 février 1856, D. P. 1856. 1. 297, rapport du conseiller POULTIER.

En pratique, cette action semble peu usitée. Seuls de rares aspects de son régime ont été précisés. Ainsi l'on sait qu'il importe peu que les travaux soient accomplis sur le fonds de leur auteur ou sur celui du plaignant (74). En fait, si la dénonciation de nouvel oeuvre ne manque pas d'intérêt en permettant de prévenir un trouble, son utilité pratique se trouve diminuée par l'extension du domaine de la complainte. Admettre dans le cadre de cette dernière la possibilité d'un trouble de droit, c'est également lui reconnaître un rôle préventif (75). En réalité, il conviendrait de maintenir à la dénonciation de nouvel oeuvre sa spécificité propre d'action préventive, ce qui éviterait d'avoir à déformer la notion de trouble dans le cadre de la complainte (76). L'on ne risquerait pas ainsi de voir, comme en droit allemand, la dénonciation de nouvel oeuvre se fondre dans la complainte.

242. - Le B. G. B. ne consacre que le seul § 862 à la protection du possesseur en cas de trouble. Comme en droit français, la fonction première de la complainte est de dénoncer un trouble actuel. Mais il faut se souvenir que le trouble doit consister en une voie de fait (77).

---

(74) Civ. 3°, 10 juin 1971, Bull. Civ. III, n° 366, p. 260.

(75) Cf. supra, n° 240.

(76) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 146 - SOLUS et PERROT, op. cit. n° 198.

(77) Cf. supra, n° 238.

Cette exigence conduit à nuancer le parallélisme entre les conceptions française et allemande. Il en résulte notamment, que dans le cadre du § 862, un trouble de droit n'est guère concevable. De même, la complainte française peut-elle concerner une dépossession, du moins s'il n'y a pas eu de violence, alors qu'en Allemagne la dépossession résulte nécessairement d'une voie de fait et, par conséquent, ne saurait être sanctionnée que par la réintégrande. Le trouble est donc réduit à ne se réaliser que par des actes matériels (78). En revanche, la jurisprudence semble plus favorable au possesseur allemand, puisqu'elle lui permet d'invoquer de simples menaces comme constitutives de trouble (79).

Au sein du § 862, la distinction entre complainte et dénonciation de nouvel oeuvre se fait, à l'image du droit français, selon la nature du trouble. Mais en raison de la lettre même du texte, il est permis de se demander si le B. G. B. consacre réellement une dénonciation de nouvel oeuvre au sens où l'entend le droit français (80).

---

(78) R.G. 7 juillet 1930, R.G.Z. 129, 357 (384)-R.G. 27 mai 1903 précité note 52-R.G. 4 octobre 1922, précité note 56. Il convient de rappelerici que la complainte peut intervenir en cas de simples troubles de voisinage ; cf. supra, n° 238 et note 56. V. pour un exemple particulièrement significatif : H. OSTENDORF "Die Rechte des Rundfunk-und Fernsehempfängers bei Störungen durch Hochhäuser", JuS. 1974, 756.

(79) R.G. 17 février 1921, R.G.Z. 101,335 (340)-R.G. 16 mai 1931, J.W. 1931, 2904, note MATTHIESEN.

(80) § 862 du B. G. B. : "Celui qui, dans sa possession, est troublé par une voie de fait illicite, peut réclamer à l'auteur du trouble la cessation de celui-ci. Lorsqu'il y a lieu de craindre de nouveaux troubles le possesseur peut introduire une action en cessation de trouble pour l'avenir".

A lire cette disposition, ne peut-on pas soutenir qu'il n'y a pas une véritable dénonciation de nouvel oeuvre, mais seulement une complainte intervenant, soit lorsqu'un trouble se perpétue, soit lorsqu'après un premier trouble d'autres sont à craindre ? Il n'y aurait donc point de place pour une action de type purement préventif. La doctrine allemande confirme ce point de vue, qui distingue deux catégories de troubles : celui qui est continu et dont on doit demander la cessation ("Beseitigung") et celui qui n'est que passager, mais qui a toutes les chances de se reproduire et dont il faut empêcher le renouvellement ("Unterlassung") (81).

Dans cette mesure, alors que le droit français a réussi à sauvergarder l'autonomie de la dénonciation de nouvel oeuvre, le B.G.B. a fini par admettre qu'elle se fonde dans une sorte de complainte élargie, sans que soit préservée totalement sa spécificité d'action préventive.

2°) La réintégrande.

243. - Le régime de la réintégrande est fort semblable de part et d'autre. Dans les deux législations cette action exige non pas n'importe quelle dépossession, mais une dépossession violente ; cette condition est primordiale en droit français (82).

D'un autre côté, le but poursuivi dans les deux systèmes est identique. La réintégrande doit permettre un rapide retour des choses en l'état. De ce point de vue, elle protège donc au mieux la possession contre les agressions dont celle-ci peut être victime. Elle constitue "une mesure d'ordre et de paix publique procédant du principe que nul, pas plus les personnes de droit public que les simples citoyens, ne saurait se faire justicie à soi-même" (83). On retrouve ainsi l'idée selon laquelle l'action possessoire peut être plus une sanction contre l'auteur du trouble, qu'une mesure de protection.

---

(81) SOERGEL, op. cit., § 862, n° 2 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 19, II.

(82) Ainsi une dépossession peut être sanctionnée par la complainte ou par la réintégrande. Si elle résulte d'une violence, seule pourtant la réintégrande devra être employée.

(83) Civ. 1°, 9 octobre 1974, Bull. civ. I, n° 257, p. 220.

244. - La réintégrande suppose donc, en premier lieu, une dépossession. Elle vise ainsi à mettre fin à toute agression matérielle sur le fonds du plaignant. Contrairement au trouble qui, en principe, ne fait que limiter la jouissance du possesseur, une dépossession met ce dernier dans l'impossibilité d'user de sa chose. C'est cette condition qui permet aux tribunaux de ne pas accorder la réintégrande en matière de servitudes discontinues ou non apparentes. En pareille circonstance, celui qui use de telles servitudes peut être troublé, mais non véritablement dépossédé (84). Les mêmes raisons font que la dépossession devra se manifester matériellement sur le fonds du possesseur. Il ne saurait y avoir de dépossession lorsqu'un possesseur ne peut user de son fonds en raison de travaux effectués uniquement sur un fonds voisin (85). Quant à la qualification des faits, elle ressort du pouvoir d'appréciation des juges du fond (86).

La nécessité d'une dépossession ne fait guère de doute en Allemagne : elle est expressément affirmée par le § 861 du B. G. B. (87). Bien que l'ensemble de la doctrine soit discrète sur la notion de dépossession, il n'y a pas lieu de penser qu'elle soit différente de celle du droit français. On y retrouve l'exigence d'un acte matériel dirigé contre la possession et entraînant pour le possesseur, soit l'impossibilité d'exercer sa possession, soit sa perte (88).

---

(84) Req. 7 juillet 1852, D. P. 1852, 1, 167.

(85) Req. 31 janvier 1871, S. 1871.1.7 - Civ. 28 octobre 1885, D.P. 1886.1.309 - Civ. 23 janvier 1940, G.P. 1940.1.424.

(86) Req. 8 janvier 1924, D.P. 1924.1.199 ; Rev. trim. dr. civ. 1924, 390, obs. SOLUS. Sur la nécessité d'une dépossession, cf. notamment : Civ. 12 avril 1933, G.P. 1933.2.154 ; Rev. trim. dr. civ. 1933, 903, obs. SOLUS - Ch. civ. 23 janvier 1940, précité note 85 - T. civ. Mayenne, 28 février 1957, J.C.P. 1957.II.10277, note T.P.

(87) § 861 alinéa 1 du B.G.B. : "Celui qui a été dépossédé par voie de fait illicite peut demander à celui dont la possession est vicieuse à son égard de le réintégrer dans sa possession".

(88) STAUDINGER, op. cit., § 858,12-R.G. 7 février 1908, R.G.Z.67,387.

245. - En second lieu, les deux droits se retrouvent également lorsqu'il s'agit de caractériser la dépossession. Tous deux estiment, en effet, qu'une dépossession ne saurait suffire et qu'elle doit intervenir d'une manière violente. Certes, ils n'usent pas d'une terminologie tout à fait identique. Le B. G. B. se réfère à la nécessité d'une voie de fait, les tribunaux français parlent plus volontiers de violence. Et il est vrai que violence et voie de fait peuvent être distinguées. La voie de fait suppose un acte simplement accompli sans le consentement du possesseur ; au contraire l'acte sera violent, si, pour s'imposer, il a besoin de vaincre la résistance du possesseur (89). En réalité la jurisprudence française n'a jamais hésité à assimiler violence et voie de fait, ou plus exactement elle considère qu'une dépossession est suffisamment caractérisée lorsqu'elle a pour origine une voie de fait (90).

---

(89) WEILL, op. cit., n° 412 - HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 167-SOLUS et PERROT, op. cit., n° 204.

(90) Sur l'admission de la voie de fait, v. : Civ. 16 décembre 1929, G. P. 1930.1.304-Ch. civ. 1 mars 1938, G.P. 1938.1.728 ; Rev. trim. dr. civ. 1938, 486, obs. SOLUS-Civ. 12 avril 1933, précité n° 244, note 86-Civ. 14 novembre 1955, Bull. civ. I, n° 390, p. 316-Civ. 4 janvier 1961, Bull. civ. I, n° 1, p. 1-Civ. 1°, 18 juillet 1956, Bull. civ. I, n° 319, p. 258 - Civ. 3°, 13 mai 1971, Bull. civ. III n° 293, p. 210 - Civ. 3°, 16 avril 1973, Bull. civ. III, n° 283, p. 203. La voie de fait peut émaner d'une personne de droit public : Civ. 1°, 8 juillet 1975, Bull. civ. I, n° 221, p. 188 - Sur la nécessité d'une dépossession caractérisée cf. : Req. 6 décembre 1854, D.P. 1855, 1, 23 - Req. 12 mai 1857, D.P. 1857, 1, 359 - Req. 17 novembre 1857, D. P. 1857.1.72 - Req. 22 février 1888, S. 1888.1.213. - Civ. 28 mars 1888, D. 1888, 1, 252.

De ce point de vue donc, l'identité de vues entre les deux droits est complète, tous deux estimant qu'il y a voie de fait à partir du moment où la dépossession s'accomplit contre la volonté du possesseur (91). Il n'en demeure pas moins vrai que les applications pratiques de la réintégrande semblent être beaucoup plus nombreuses en France (92). Peut-être faut-il trouver l'explication d'une certaine désaffection à l'égard du § 861 du B. G. B. dans l'existence des dispositions du § 859. Celui-ci permet, en effet, dans certains cas de dépossession, de recourir à une sorte de légitime défense.

3° L'usage légitime de la violence par le dépossédé.

246. - Le § 859 du B. G. B., en énonçant sous forme de pétition de principe, que "le possesseur peut repousser par la force toute voie de fait illicite" constitue une disposition originale à plus d'un titre. Il apparaît, de prime abord, comme une sorte de réintégrande accélérée. Ensuite, il a l'avantage d'intervenir en dehors de tout débat judiciaire. Il peut donc également mériter la qualification de réintégrande "extra judiciaire".

Une pareille disposition inspire un double rapprochement. Le plus évident est le lien qui l'unit aux règles de la légitime défense, au point que certains n'hésitent pas à parler à son propos de "Selbsthilferecht" (93). Mais si l'idée qui gouverne le § 859 peut effectivement se comprendre par référence à la légitime défense, là s'arrête toute analogie. Le B. G. B. a pris soin de préciser de quelle manière l'on pouvait concevoir une légitime défense en matière

---

(91) Sur la notion allemande de voie de fait, cf. supra, n° 238.

(92) Outre les décisions précitées, v. par exemple : Req. 3 mai 1848, D. P. 1848, 1, 157 - Req. 24 juin 1851, D. P. 1851.1.154 - Req. 21 juillet 1897, D. P. 1898.1.345, note L. GUENEE - Civ. 3°, 24 mai 1972, D. 1972, 478 - Civ. 3°, 20 novembre 1973, J. C. P. 1974, IV, p. 120 - Civ. 3°, 12 février 1975, Bull. civ. III, n° 61, p. 48.

(93) STAUDINGER, op. cit., § 859, n° 1.

civile (§ 227 et s.). C'est là une initiative originale, mais dont on ne peut pas dire que le § 859 soit l'écho. Aucune des conditions requises par le § 227, et notamment celle qui demande que l'acte soit dirigé non contre un bien, mais contre une personne, ne se retrouve dans le cadre du § 859 (94). D'un autre côté, on peut également songer à un rapprochement avec les dispositions relatives à l'état de nécessité. En fait, celui-ci suppose que survienne un acte dommageable, ce qui n'est pas toujours le cas d'une voie de fait. En définitive, le particularisme du § 859 est de se limiter à une seule condition : l'accomplissement d'une voie de fait illicite.

L'action du § 859 du B. G. B. ainsi caractérisée, peut-on encore la qualifier d'action possessoire ? La question mérite d'être posée, dans la mesure où cette action échappe aux règles formulées par les § 863, 864 et 869 du B. G. B., qui sont des dispositions d'ordre procédural (95). De même il est intéressant de noter, à ce propos, qu'elle est offerte au détenteur subordonné (§ 860) . Pourtant, il ne semble pas que cela doive conduire à lui dénier le caractère d'action possessoire. Ainsi notamment, impliquant une riposte dans les plus brefs délais, il est normal que le § 859 ne soit pas concerné par la prescription annale du § 864 du B. G. B. . Dans le même ordre d'idée, l'extension de l'action au détenteur subordonné est une mesure en faveur de ce dernier, que l'on peut estimer insuffisante pour modifier sa nature. Il va sans dire que, malgré tout, le § 859 conserve toute sa spécificité et que, pour une bonne part, son régime est profondément original.

---

(94) STAUDINGER, ibidem, § 859, n° 2. L'on sait qu'en droit français le Code civil ignore la légitime défense et qu'en droit pénal, en revanche , un acte dirigé contre un bien peut justifier le recours à la légitime défense. Comp. MERLE et VITU, Traité de Droit criminel, 2e éd., n° 386.

(95) Sur ces différents points, cf. infra, n° 276 et s.

247. - Au sein du § 859 deux situations doivent être distinguées. Lorsque le trouble n'est qu'une menace ou lorsque la voie de fait est en train de se produire, le possesseur peut la repousser par la force. Il s'agit donc pour lui de défendre une possession simplement menacée ("Besitzwehrung). Un tel droit existait déjà pour le titulaire de la "Gewere" contre toute attaque non judiciaire (96). Mais il se peut que la voie de fait ait conduit à une dépossession. C'est en pareille circonstance que le § 859 présente le plus grand intérêt, puisqu'il permet au possesseur de se faire justice à soi-même en reprenant, fût-ce par la force, son bien ("Besitzkehrung"). Ainsi, en réalité, dépasse-t-on le cadre d'une simple légitime défense pour consacrer le droit du possesseur à recourir à la force, du moins dans certaines circonstances (97).

De cette manière, tout possesseur allemand a tout d'abord le droit de repousser par la force une voie de fait illicite (§ 859, al. 1). La véritable difficulté d'une telle action concerne le choix des moyens de riposte. Or, sur ce point, la loi n'est d'aucun secours plus exactement, ne précisant pas quels moyens doivent être employés, elle laisse supposer qu'ils relèvent du libre choix du possesseur. Est-ce à dire que le choix de ce dernier ne connaît aucune limite ? En réalité, force a été de reconnaître qu'il doit faire preuve de prudence et de modération. Les tribunaux exigent que la riposte soit proportionnée à la voie de fait (98). Le cas échéant, lorsque la riposte est disproportionnée et que, de ce fait, elle entraîne un dommage, le possesseur peut être condamné à en supporter les conséquences (99). En pratique, il sera évidemment parfois difficile de déterminer dans quelle mesure cette proportionnalité est respectée.

---

(96) RUSCONI, L'action pétitoire fondée sur la possession, Th. Lausanne, 1958, p. 37 - MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 34.

(97) Ce que traduit l'expression "Gewaltrecht" que l'on emploie à propos du § 859.

(98) R. G. 16 mai 1931, J. W. 1931, 2782, note WEBER - BAY. O. L. G. 5 août 1964, N. J. W. 1965, 163.

(99) B. G. H. 16 septembre 1968, F. Z. XV, n° 2739.

Au delà de cette défense quasi immédiate, le § 859 offre également au possesseur la possibilité de récupérer le bien perdu à la suite d'une voie de fait. Aux termes mêmes de la loi (100), il convient de distinguer selon que le bien perdu est un meuble ou un immeuble. S'il s'agit d'un meuble, la victime de la dépossession peut le reprendre par la force, pourvu que l'auteur de la dépossession soit surpris ou poursuivi en flagrant délit. L'action du possesseur s'apparente ainsi à une sorte de droit de suite qui lui est accordé s'il se rend compte immédiatement de la dépossession. C'est d'autant plus vrai, qu'une fois la poursuite de l'auteur de la dépossession commencée, la doctrine s'accorde à reconnaître qu'elle peut se continuer sans limite dans le temps ou dans l'espace. Seule importe donc la rapidité de réaction du dépossédé (101). Quant aux immeubles, le recours à la force se traduira par l'expulsion de l'auteur de la voie de fait. Cette expulsion doit intervenir aussitôt après que le possesseur ait été privé de son bien. Cette condition mérite quelques précisions. De prime abord elle apparaît comme une condition objective, en ce sens qu'elle oblige la victime à agir aussitôt après la dépossession et non aussitôt après qu'elle en a eu connaissance. Seulement s'en tenir à la lettre du texte, conduirait à le paralyser. Aussi est-il admis qu'il faut laisser un certain temps au possesseur pour qu'il puisse agir en connaissance de cause. Le terme "aussitôt" ne signifierait donc pas que le possesseur doive agir sans délai, mais qu'il doit le faire aussi vite que possible, sans que l'on tienne compte de la connaissance subjective de la dépossession (102).

(100) § 859 alinéa 2 et alinéa 3 : "Si une chose mobilière est enlevée à son possesseur par voie de fait illicite, celui-ci peut la reprendre par la force à celui qui est surpris ou poursuivi en flagrant délit. Si le possesseur d'un immeuble est privé de sa possession par voie de fait illicite, il a le droit de se remettre en possession aussitôt après en avoir été privé, en expulsant l'auteur de la voie de fait".

(101) STAUDINGER, op. cit., § 859, n° 6-MEYER, op. cit. (n° 116, note 67), p. 45 et s.

(102) STAUDINGER, op. cit., § 859, n° 7-WOLFF-RAISER, op. cit., § 18, II 1-PALANDT, op. cit., § 859, n° 3, B-MEYER, op. cit., p. 52.

Comme l'on ne comprend pas pourquoi un possesseur agirait sans être au courant de la dépossession, force est de reconnaître que le respect de cette condition relève, à notre avis, du hasard : elle ne sera remplie que dans les hypothèses où le possesseur découvrira la dépossession peu après qu'elle ait eu lieu. Néanmoins, si les délais sont écoulés, le possesseur pourra toujours recourir à la légitime défense du droit commun, pourvu qu'il en remplisse les conditions.

248. - Moyen énergique de protéger la possession, le § 859 du B. G. B. occupe de par ses caractères une place à part dans le système allemand et il n'a évidemment pas d'équivalent en droit français. Au bout du compte, c'est la seule différence notable entre les deux droits. Certes, ceux-ci ne se font pas du trouble possessoire la même idée. Seul le droit français exige que le trouble soit en quelque sorte dirigé non seulement contre le fait, mais également contre le droit, puisque ce trouble doit traduire une contradiction apportée à la possession. Cependant il ne faut guère exagérer la portée d'une telle antinomie, car dès que l'on aborde l'étude du régime des actions possessoires, elle s'estompe rapidement. Cela est vrai pour la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre, sauf à tenir compte de certaines nuances, mais cela se vérifie surtout pour la réintégrande dont les règles sont identiques de part et d'autre . Si une telle convergence a pu être vérifiée, c'est qu'en ce qui concerne le régime des actions possessoires, les choix concernant la notion de possession n'ont qu'une influence toute relative. En revanche, ces options fondamentales retrouvent tout leur poids, lorsqu'il s'agit de déterminer les bénéficiaires de la protection possessoire.

§ 2 : Les bénéficiaires de la protection possessoire.

249. - La notion de possession, telle qu'elle a été dégagée dans les deux droits, retrouve ici toute son importance. Elle forme la ligne de partage entre ceux qui bénéficient de la protection possessoire et ceux qui y demeurent étrangers. Elle mesure l'exacte portée des actions possessoires, en limitant le nombre de ceux qui peuvent les invoquer. Puisque la notion de possession n'a pas été comprise de la même manière des deux côtés du Rhin, il n'aurait guère été étonnant de voir les deux droits adopter des solutions différentes. C'est

d'ailleurs ce qui se passait avant que n'intervienne, en France, la loi du 9 juillet 1975. Certes, bien avant cette loi, l'antinomie n'était pas complète, grâce aux initiatives des tribunaux français (A). Mais ce n'est qu'à propos de cette nouvelle loi que l'on peut parler d'un véritable alignement du droit français sur les conceptions allemandes, au point que toute référence à la notion française de possession devient inutile, voire impossible (B).

A) L'opposition traditionnelle du droit français et du droit allemand, avant la loi du 9 juillet 1975.

250. - Avant la loi du 9 juillet 1975, les divergences opposant les deux législations tenaient au fait que chacune raisonnait en fonction de sa propre définition de la possession. Somme toute, elles n'étaient que la conséquence logique d'un choix initialement différent. L'on sait que les deux systèmes s'opposent dans la mesure où l'un fonde sa possession sur un "corpus" que doit accompagner un "animus domini", alors que l'autre se limite au seul "corpus" ; il en résulte que tel qui est possesseur en Allemagne, ne l'est pas nécessairement en France. La protection possessoire étant fonction de ces données, l'antinomie des deux législations portait aussi bien sur les conditions tenant à la possession que sur celles qui avaient trait au possesseur (1°). Mais d'une certaine manière, les deux droits se rapprochaient lorsque les tribunaux français dépassaient le cadre rigide que leur assignait la notion de possession (2°).

1°) Les éléments de dissemblance.

251. - Les caractères distinguant les deux législations sont de deux ordres, mais en réalité ils ne font qu'un, dans la mesure où ils découlent de la définition de la possession. Qu'il s'agisse des conditions requises de la part de la possession (a) ou de celles exigées du côté du possesseur(b), elles renvoient toutes deux aux concepts du Code civil ou du B. G. B. .

a) Les conditions tenant à la possession.

252. - Jusqu'en 1975, la première originalité du droit français avait trait aux conditions que devait réunir la possession. Cependant, il convient de souligner que ces conditions ne concernaient,

en réalité, que la complainte ou la dénonciation de nouvel oeuvre.

Avant 1975, seule une véritable possession est protégée. Cela suppose, d'une part, qu'il s'agisse d'une possession animo domini et, d'autre part, que celle-ci soit exempte de vices. La première condition se conçoit aisément, le droit français ne connaissant que la possession animo domini. L'on pouvait donc difficilement imaginer qu'il allait protéger un état de fait, sans que celui-ci réponde à sa définition de la possession (103). Si cette règle se comprend d'elle-même, elle n'en a pas moins des conséquences importantes. Elle conduit d'abord à écarter de la protection possessoire toutes les situations qui, bien que se manifestant concrètement, demeurent hors du champ possessoire. La question est particulièrement importante pour les servitudes discontinues ou non apparentes. De telles servitudes ne peuvent s'acquérir par prescription, elles sont donc considérées comme insusceptibles de possession et échappent ainsi au domaine de la complainte ou de la dénonciation de nouvel oeuvre (104). Les actes que l'on peut accomplir en vertu d'une telle servitude sont alors des actes de pure tolérance, qualification dont on

---

(103) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 201 - WEILL, op. cit., n° 413.

(104) Elles ne peuvent pas non plus donner lieu à la réintégrande. Sur cette question v° : AUBRY et RAU, op. cit., § 185, n° 119 - HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 219 et s.

sait qu'elle rend impossible la possession (105). Somme toute, cette question n'a pas sa place ici, tant il est clair que ce qui n'est pas susceptible de possession, ne peut faire l'objet d'une protection possessoire. En fait si elle mérite d'être soulevée, c'est que certaines servitudes discontinues ou non apparentes peuvent être protégées. Il leur suffit d'être fondées sur un titre. Celui-ci renversera, en quelque sorte, la présomption de tolérance qui leur est normalement attachée. Cette solution jurisprudentielle s'efforce ainsi de pallier les inconvénients pratiques que ne manque pas d'avoir l'absence de protection possessoire. Aux yeux des tribunaux, le titre peut résulter d'une disposition légale, celle-ci déterminant, dans des conditions précises, l'existence de la servitude.

---

(105) Cf. supra, n° 87. V° par exemple : Civ. 26 décembre 1927, G.P. 1928.1.320 ; Rev. trim. dr. civ. 1928, 454, obs. SOLUS - Civ. 24 février 1953, D. 1953,J,301 - Civ. 5 juillet 1961, Bull. civ. I, n° 372, p. 297 - Civ. 1°, 22 mars 1966, J.C.P. 1966, II, 14696, note H. G. ; Rev. trim. dr. civ. 1966, 556, obs. BREDIN. - Civ. 3°, 25 juin 1970, Bull. civ. III, n° 438, p. 317. - Civ. 3°, 30 octobre 1972, Bull. civ. III, n° 562, p. 413 - Civ. 3°, 28 novembre 1972, Bull. civ. III, n° 630, p. 464 ; Rev. trim. dr. civ. 1973, 591, obs. BREDIN. S'agissant des servitudes continues ou apparentes, ainsi que de celles qui sont naturelles ou légales, il n'a jamais été mis en doute qu'elles puissent faire l'objet d'une protection possessoire ; cf. HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 215 à 218.

De ce point de vue, les hypothèses les plus fréquentes concernent l'enclave : la servitude de passage qui en découle est considérée comme fondée sur un titre égal et, dans cette mesure, susceptible de protection possessoire (106). Cependant, le titre peut également résulter de la destination de père de famille, voire d'une simple convention (107). Dans ces trois hypothèses, le but poursuivi est de

(106) Civ. 20 février 1822, D.P. 1825.1.80 - Req. 16 janvier 1928, G.P. 1928.1.561 ; Rev. trim. dr. civ. 1928, 454 obs. SOLUS - Req. 6 mars 1934, G.P. 1934.1.824 ; Rev. trim. dr. civ. 1934, 645, obs. SOLUS - Civ. 21 juillet 1959, G.P. 1959, 2, 212 ; Rev. trim. dr. civ. 1959, 759, obs. SOLUS - Civ. 1°, 14 juin 1965, Bull. civ. I, n° 387, p. 287 - Civ. 3°, 5 novembre 1970, Bull. civ. III, n° 577, p. 420 - Civ. 3°, 30 octobre 1972, précité, note 105. Civ. 3°, 11 décembre 1973, Bull. civ. III, n° 618, p. 449 - Civ. 3°, 3 juin 1975, Bull. civ. III, n° 185, p. 163 - Civ. 3°, 8 juillet 1975, Bull. civ. III, n° 245, p.186. Cf. également : BIHR "L'extinction de la servitude d'enclave en cas de cessation d'enclave" à propos de l'article 685-1, tel qu'il résulte de la loi du 25 juin 1971, D. 1972, chr. 27 - GOUBEAUX, "La loi du 25 juin 1971 relative à l'extinction de la servitude de passage pour cause d'enclave", J. C. P. 1971, I, 2416.

(107) Titres résultant de la destination de père de famille, v. notamment Civ. 1°, 30 juin 1965, Bull. civ. I, n° 435, p. 322 - Civ. 1°, 31 mai 1967, Bull. civ. I, n° 191, p. 139 - Civ. 3°, 5 décembre 1972, Bull. civ. III, n° 649, p. 479 - Pour des exemples de titres conventionnels cf. Civ. 13 mars 1950, D. 1950, 415 - Civ. 24 mai 1955, Bull. civ. I, n° 215, p. 183 - Civ. 4 janvier 1961, J.C.P. 1961, II, 12021 ; Rev. trim. dr. civ. 1961, 521, obs. SOLUS - Civ. 3°, 6 mars 1969, Bull. civ. III, n° 192, p. 147 - Civ. 3°, 15 janvier 1970, Bull. civ. III n° 31, p. 21.

limiter l'exclusion des actions possessoires. Encore faut-il définir quelles sont les actions qui peuvent protéger de telles servitudes. Sur ce point les solutions sont loin d'être incontestées. On enseigne traditionnellement que si l'admission de la complainte ne fait aucun doute, il n'en va pas de même pour la réintégrande qui, elle, demeure interdite (108). Cette opinion a pour elle une certaine jurisprudence qui décide qu'une servitude, même fondée sur un titre, ne confère pas à son bénéficiaire la détention du fonds sur lequel elle s'exerce et ne peut donc pas être protégée par la réintégrande (109). Aux yeux de la Cour de Cassation, le particularisme de la réintégrande exigerait ainsi une détention renforcée (110). Cette solution est particulièrement regrettable et d'une certaine manière illogique. Si l'on refuse de protéger une servitude discontinue ou non apparente, c'est qu'elle est suspecte. Or cette suspicion tombe en présence d'un titre. Invoquer alors, pour refuser la réintégrande, l'absence de véritable détention de la part du titulaire d'une servitude même fondée sur un titre, n'est guère convaincant et l'argument se retourne contre ses partisans. L'on ne doit pas oublier que la complainte peut elle aussi sanctionner une dépossession, pour peu que celle-ci survienne sans violence (111).

---

(108) WEILL, op. cit., n° 661. Sur l'admission de la complainte, cf. décisions précitées note 105 et 106. V. également Civ. 3°, 30 juin 1971, Bull. civ. III n° 419, p. 299 - Civ. 3°, 27 juin 1972, Bull. civ. III n° 421, p. 306.

(109) Civ. 3°, 25 juin 1970, précité note 105. - V. également, Civ. 1°, 5 juillet 1961, Bull. civ. I, n° 372, p. 297-Civ. 3°, 11 mai 1976, D. 1976, S, 65.

(110) GOUBEAUX, op. cit. (n° 225, note 17), p. 381.

(111) V. par exemple, Civ. 3°, 18 février 1971, Bull. civ. III, n° 120, p. 86 - Civ. 3°, 7 juillet 1972, Bull. civ. III, n° 584, p. 429. Dans ces deux espèces, le titulaire d'un droit de passage était dans l'impossibilité d'exercer sa servitude, en raison d'un obstacle dressé par le défendeur.

Et en jurisprudence les exemples ne manquent pas où l'on voit le titulaire d'une servitude de passage se plaindre de ne plus pouvoir l'exercer ; en pareille circonstance le but de la complainte pour celui qui l'intente est bien la réintégration dans l'exercice d'un droit. Autrement dit, ce qui est prohibé par la voie de la réintégrande devient possible lorsque l'on emprunte le chemin de la complainte. En fait, dès que le demandeur peut se prévaloir d'un titre, la réintégrande devrait lui être offerte (112).

Mais là ne s'arrête pas l'effort de la jurisprudence. Au delà des seules servitudes fondées sur un titre, elle s'est efforcée d'apporter d'autres tempéraments. Les plus marquants ont consisté à voir dans des actes de jouissance, non pas les conséquences d'une servitude, mais les effets d'un droit de propriété ou de copropriété (113). Cependant, quel que soit le souci des tribunaux de pallier l'absence de protection possessoire en matière de servitudes discontinues ou non apparentes, cette absence demeure la règle et reflète l'exigence d'une possession animo domini. Cette même exigence a d'ailleurs conduit la jurisprudence à refuser également la protection possessoire à des particuliers invoquant des servitudes d'urbanisme (114).

La nécessité d'une possession animo domini entrainait une conséquence inéluctable et sur laquelle il n'est pas besoin d'insister, tant elle était dans la logique du système : le détenteur précaire ne pouvait d'aucune façon prétendre à une protection possessoire, du moins sur le terrain de la complainte ou de la dénonciation de nouvel oeuvre.

---

(112) En ce sens : SOLUS et PERROT, op. cit., n° 209 - Req. 9 juillet 1918, S. 1920, I, 115, solution implicite.

(113) V. par exemple : Civ. 3°, 29 mai 1968, Bull. civ. III, n° 244 p. 187.

(114) Civ. 3°, 23 juin 1971, J. C. P. 1972. II. 16965, note GOUBEAUX; Rev. trim. dr. civ. 1972, 420, obs. BREDIN-Civ. 3°, 23 octobre 1974, Bull. civ. III, n° 373, p. 284 ; Rev. trim. dr. civ., 1975, 336, obs. GIVERDON.-Civ. 3°, 27 janvier 1976, Bull. civ. III, n° 37, p. 26. V. à ce propos : BERGEL, Les servitudes de lotissement à usage d'habitation, Paris, 1973, n° 277 et 279.

D'un autre côté, le droit français n'accorde sa protection qu'à une possession exempte de vices. Autrement dit, la possession n'est protégée que si elle est utile. De prime abord cette condition peut surprendre ; on aurait pu concevoir que le fait soit protégé pour lui-même, sans que l'on tienne compte des vices susceptibles de l'affecter. Cependant, il faut bien reconnaître qu'à partir du moment où l'on exige une véritable possession, il devient difficile de ne pas tenir compte des irrégularités pouvant l'entacher (115).

253. - Le deuxième élément propre au droit français vise à exiger une possession annale . Cette condition est expressément formulée par l'article 23 du Code de procédure civile (116). La condition d'annalité de la possession semble être une mesure de prudence. Sans doute le législateur a-t-il estimé que la protection possessoire représente envers le possesseur une faveur telle que l'on est en droit d'exiger de sa part une durée minimum, propre à conforter sa possession (117). La seule difficulté réside dans la preuve de l'annalité. Elle incombe au demandeur, et ce même si son adversaire ne peut justifier d'aucune possession avant le trouble. En principe, elle se fait par tous moyens. En pratique, le demandeur n'aura pas à prouver la permanence d'actes matériels constitutifs de possession pendant l'année précédant le trouble. Il doit pouvoir invoquer la règle de l'article 2234 du Code civil selon laquelle "le possesseur actuel qui prouve avoir possédé anciennement, est présumé avoir possédé dans le temps intermédiaire, sauf la preuve contraire". Au fond, seule importe donc la preuve de l'appréhension matérielle originaire (118). Au juge revient le devoir de constater l'existence de cette possession an-

---

(115) Req. 12 mars 1924, G.P. 1924,2,30 ; Rev. trim. dr. civ. 1924, 717, obs. SOLUS.

(116) Cette disposition reste inchangée après les différentes réformes intervenues en matière de procédure civile et notamment après le décret n° 75-1122 du 5 décembre 1975.

(117) Cf. Req. 13 mars 1867, D.P. 1867.1.399 - Civ. 20 février 1893, D.P. 1893.1.376-Civ. 3°, 15 janvier 1970, Bull.civ.III,n° 30,p.20.

(118) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 191.

nale (119).

254. - En droit allemand les solutions sont plus radicales, mais la démarche est identique : tout s'explique par référence à la notion de possession que connaît le B. G. B. . Ainsi, la protection possessoire concerne-t-elle toute possession au sens du § 854 du B. G. B. (120). Aucune autre question ne se pose que celle qui a trait à l'existence du pouvoir de maîtrise. L'on comprend qu'effectivement la nécessité d'un animus domini relèverait du non sens. Mais en se limitant à la seule "Gewalt", peut-on conclure qu'une possession même viciée peut être protégée ? Ce serait aller trop loin et dépasser la volonté du législateur. Tant dans le § 861 que dans le § 862, figure une disposition interdisant au possesseur de se prévaloir de la protection possessoire, lorsque sa possession est viciée à l'égard de l'auteur du trouble (121). Même si les vices allemands ne sont pas totalement symétriques de ceux que connaît le droit français, une telle limitation du droit aux actions possessoires rapproche considérablement les deux législations. Elle permet au défendeur à toute action possessoire de soulever l'irrégularité de la possession du demandeur. Dans les deux cas, ce dernier verra sa demande rejetée ; cependant, une légère nuance doit être faite selon que l'on est dans le cadre du § 861 ou dans celui du § 862. Il faut se souvenir que pour le droit allemand la possession n'est viciée que si elle a été obtenue par une voie de fait (122). On suppose donc ici que l'auteur de la voie de fait, une fois en possession du bien, intente une réintégrande ou une complainte lorsque c'est sa propre victime qui le trouble.

Ce n'est qu'en pareille circonstance que sa possession pourra être viciée à l'égard de l'auteur du trouble ou de la dépossession et que l'on comprend l'intérêt pour ce dernier d'une exception tirée de ce vice. Si le défendeur soulève avec succès cette exception

(119) Civ. 1°, 4 janvier 1963, Bull. civ. I, n° 7, p. 8 - Civ. 3°, 15 octobre 1970, Bull. civ. III, n° 512, p. 374.

(120) Cf. supra, n° 89 et s.

(121) Cf. supra, n° 169.

(122) Cf. supra, n° 155.

dans le cadre d'une complainte (§ 862), il pourra, de son côté, intenter contre le demandeur une réintégrande, la preuve de la dépossession ayant été faite. En revanche, dans le cadre du § 861, où par hypothèse il y a eu deux dépossession successives, l'exception soulevée par le défendeur bloquera tout le mécanisme.

255. - Les dispositions des § 861 alinéa 2 et 862 alinéa 2 du B. G. B. ne se contentent pas d'exiger une possession vierge de tous vices ; en l'absence de toute autre disposition légale, elles ne sont pas loin d'introduire une exigence fort comparable à l'annalité de la possession requise par le Code de procédure civile français. Il convient, en effet, de se souvenir que les actions possessoires ne sont écartées que temporairement. Seule une possession viciée depuis moins d'un an empêche son titulaire de recourir aux actions possessoires. Autrement dit, il faut qu'un intervalle de moins d'une année sépare la deuxième dépossession de la première, pour que la réintégrande ne puisse être exercée à l'égard de la seconde.

A contrario, à partir du moment où le demandeur peut justifier d'une possession annale, les actions possessoires lui sont offertes (123). Cette règle n'a pas cependant la même portée qu'en droit français. Ce dernier exige une possession annale à titre de condition supplémentaire et quand bien même la possession serait dénuée de tout vice dès l'origine. Dans l'optique du B. G. B. l'annalité a, au contraire, pour effet de purger la possession de son vice.

b) Les conditions tenant au possesseur.

256. - Dans la mesure où les deux législations s'opposaient sur les conditions tenant à la possession, elles aboutissaient nécessairement à des solutions différentes lorsqu'il s'agissait de déterminer celui dont on protégerait la possession.

Avant que n'intervienne la réforme du 9 juillet 1975 doctrine et jurisprudence française joignaient à l'exigence d'une possession véritable, celle d'un possesseur "animo domini". Somme toute, il ne pouvait pas en être autrement. Aussi n'est-il guère utile d'insister d'une manière approfondie sur cette condition (124). Les actions pos-

(123) Cf. supra, n° 169.
(124) Cf. supra, n° 174.

sessoires, ou du moins la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre (125), étaient donc uniquement ouvertes au possesseur d'un droit réel (126). Au regard de la protection possessoire, seules les hypothèses de copropriété pouvaient présenter quelques difficultés. Celles-ci demeurent d'ailleurs d'actualité. Il est, en effet, nécessaire de déterminer dans quelle mesure l'action possessoire peut être exercée entre copropriétaires (127). L'action entre communistes ne peut empiéter sur le pétitoire ; elle doit donc se limiter "aux actes ayant pour but ou pour conséquence directe l'appropriation exclusive de la chose commune au profit de leur auteur ou une restriction aux

---

(125) Il convient de se souvenir que la réintégrande échappe à ces exigences ; cf. supra, n° 243.

(126) V. pour des exemples de protection des démembrements de la propriété : Civ. 20 janvier 1879, D.P. 1879.1.152 - Tr. civ. de Melun 2 avril 1925, D.P. 1927.2.59 - Tr. civ. Dreux, 23 décembre 1925, G.P. 1926.1.323 ; Rev. trim. dr. civ. 1926, 435, obs. SOLUS ; décision qui refuse, à tort, la protection possessoire d'un droit de chasse issu d'un droit d'usage et non d'un bail. - Trib. civ. Morlaix 12 janvier 1926, Rev. trim. dr. civ. 1926, 434, obs. SOLUS, - Civ. 15 février 1926, G.P. 1926.1.639 ; Rev. trim. dr. civ. 1926, 436, obs. SOLUS.

(127) L'action contre les tiers ne suscite aucune difficulté particulière à partir du moment où il est incontesté que le droit d'un copropriétaire, portant pour partie directement sur la chose, est susceptible de protection possessoire : HEBRAUD, op. cit.(n° 223, note 11), n° 206-Req. 22 février 1944, S. 1945.1.45 ; Rev. trim. dr. civ. 1945, 202, obs. SOLUS-Civ. 3°, 27 février 1974, Bull. civ. III, n° 75, p. 61 qui indique que le demandeur doit justifier d'une possession qui ait été exercée pour sa part à titre privatif.

droits utiles exercés par un autre copossesseur" (128). En un mot, l'action d'un communiste ne peut avoir pour but de régler les conflits relatifs à son droit et à celui des autres.

Les solutions françaises conduisaient ainsi à exclure du domaine de la complainte et de la dénonciation de nouvel oeuvre, le détenteur précaire. C'était là leur trait le plus marquant et, bien évidemment, ce qui les différenciait fondamentalement du droit allemand.

257. - En fait la démarche du B. G. B. était et demeure tout à fait comparable à celle du droit français. La protection possessoire du détenteur précaire est, en réalité, celle d'un possesseur, Le système allemand se contente des seules conditions du § 854 du B.G.B., et pour caractériser la possession, et pour déterminer celui qui bénéficiera de la protection possessoire. Ce faisant il demeure dans la logique de son système. Aux yeux d'un observateur français, ce qui était donc étonnant, c'était au fond moins la protection possessoire du détenteur précaire que le fait que ce dernier fût possesseur.

Cependant, dès avant 1975, une certaine analogie pouvait être relevée. Elle résultait précisément du fait que chacune des législations raisonnait en fonction de ses propres conceptions. L'iden-

---

(128) Civ. 3°, 29 mai 1968, Bull. civ. III, n° 244, p. 187-Cf. Req. 7 juillet 1930, S. 1931.1.141 - Civ. 11 décembre 1934, G.P. 1935, 1, 239 ; Rev. trim. dr. civ. 1935, 401, obs. SOLUS-Civ. 31 janvier 1950, G. P. 1950.1.223 ; Rev. trim. dr. civ. 1950, 379, obs. SOLUS-Tr. inst. Nîmes 30 mars 1971, J.C.P. 1973, II,17483, note J. LASSEZ - Civ. 3°, 20 novembre 1973, Bull. civ. III, n° 585, p. 426.

tité des méthodes conduisait les deux droits à écarter dela protection possessoire celui que chacun considérait comme un détenteur. Ainsi n'étaient pas concernés par les actions possessoires, ni le détenteur précaire, ni le détenteur subordonné. Cette analogie, fût-elle seulement d'ordre méthodologique, ne faisait que confirmer l'origine de ce qui séparait les deux systèmes : il s'agissait d'une opposition tenant moins aux règles de la protection possessoire, qu'à celles gouvernant la notion de possession.

258. - Au sein du B. G. B., la protection du possesseur médiat et celle du possesseur direct, c'est-à-dire du détenteur précaire au sens où l'entend le droit français, relève du § 869 (129). On sait que les situations, qui, en France, mettent en présence un possesseur et un détenteur sont de celles qui, en Allemagne, nécessitent une "Besitzmittlungsverhältnis" (130). L'originalité au sein de ce rapport n'est pas que le détenteur soit possesseur, mais que le soit le possesseur médiat, lui qui n'exerce pas la "Gewalt" (131). Au regard de la protection possessoire, c'est donc également la situation du possesseur médiat qui suscite le plus grand intérêt. Le caractère particulier de sa situation suppose que soit déterminé dans quelle mesure il peut user des actions possessoires, bien qu'il ne soit pas la victime directe du trouble ou de la dépossession. A ce titre, deux situations doivent être distinguées.

---

(129) § 869 : "Si une voie de fait illicite est commise contre le possesseur, le possesseur médiat dispose lui aussi des actions prévues aux § 861 et 862. En cas de dépossession, le possesseur médiat a le droit de demander que l'ancien possesseur soit réintégré dans sa possession ; si ce dernier ne peut ou ne veut rentrer en possession, le possesseur médiat peut exiger que la chose lui soit remise ..."

(130) Cf. supra, n° 136.

(131) Cf. supra, n° 135.

La première, expressément envisagée par le § 869 du B.G.B., met en présence le possesseur médiat et un tiers, auteur du trouble ou de la dépossession. En pareille hypothèse, aux termes mêmes de la loi, le possesseur médiat peut user à l'encontre du tiers des actions des §§ 861 et 862. Est-ce à dire que le possesseur médiat se voit refuser le recours à la force prévue par le § 859 (132) ? La réponse doit être affirmative si l'on s'en tient à la lettre du texte, mais la doctrine hésite à trancher le débat (133). Ceux qui parmi les auteurs refusent au possesseur médiat le bénéfice du § 859 fondent leur solution essentiellement sur le fait qu'il ne dispose pas de la "Gewalt". On voit mal, en effet, comment quelqu'un qui ne détient pas le bien pourrait user de la force pour le protéger ou le reprendre. En outre, une telle attitude préjugerait des intérêts du possesseur direct. A l'inverse, ce refus peut paraître trop favorable à l'auteur de la dépossession qui sera ainsi assuré de l'impunité, au moins dans l'immédiat, pour peu que le possesseur direct n'agisse pas. Dans cette controverse, il nous paraît préférable de nous en tenir à la première solution, ne serait-ce que parce que la deuxième peut se révéler totalement illusoire. En effet, victime d'une dépossession, le possesseur médiat se voit dans l'obligation d'agir soit en flagrant délit, soit aussitôt après la dépossession. Comme l'on sait que dans cette dernière hypothèse, il n'est tenu compte que du moment de la dépossession et non de celui où le possesseur l'apprend, le possesseur médiat, qui n'a

---

(132) Cf. supra, n° 246 et s.

(133) Contre le recours au § 859, v. : STAUDINGER, op. cit., § 869, n° 1, R. G. R. - Komm., op. cit., § 869, n° 1 - SOERGEL, op. cit., § 869, n° 4 - MEYER, op. cit. (n° 166, note 67), p. 60 - En sens contraire, cf. : WESTERMANN, op. cit., § 26, III, 2 - PALANDT, op. cit., § 869, n° 2 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 20, I, 2.

pas le bien entre ses mains, agira le plus souvent trop tardivement (134). Cela est encore plus vrai en matière mobilière, où il convient d'agir en flagrant délit, condition que seul le possesseur direct est en mesure de remplir.

A s'en tenir aux seules actions des §§861 et 862 du B. G. B., l'intervention du possesseur médiat présente un visage différent selon que le tiers se contente de troubler la possession ou qu'il en dépouille le possesseur direct. En cas de simple trouble, l'action du possesseur médiat recoupe celle du possesseur direct. Elle ne s'en sépare que s'il s'agit d'une dépossession. En pareille circonstance, la réintégrande qu'exercera le possesseur médiat peut avoir deux conséquences. Elle peut, tout d'abord, tendre à rétablir la situation antérieure ; elle aura donc pour effet de restituer la chose au possesseur direct. De ce point de vue, elle rejoint également l'action que pourrait exercer ce dernier. Mais l'action de l'"Oberbesitzer" prend un tour particulier, lorsque le "Besitzmittler" ne veut ou ne peut rentrer en possession ; elle aboutit alors à la restitution du bien au possesseur médiat lui-même (135). Dans cette mesure, le B. G. B. consacre une action possessoire spécialement aménagée en faveur du possesseur médiat.

Qu'il s'agisse d'un trouble ou d'une dépossession, un certain nombre de conditions doivent être réunies pour permettre au possesseur médiat d'intervenir. En premier lieu, la voie de fait illicite doit avoir lieu non à son égard, mais à l'encontre du possesseur direct, lui seul ayant la maîtrise de fait (136). A vrai dire, une atteinte qui ne concernerait que la possession médiate est difficilement concevable. Elle supposerait une prétention uniquement dirigée contre l'"Oberbesitzer", ce qui n'est guère envisageable dans la mesure où la situa-

---

(134) Cf. supra, n° 247.

(135) Cf. § 869, supra, n° 257, note 129.

(136) STAUDINGER, op. cit., § 869, n° 5-PALANDT, op. cit., § 869, n° 1 -SOERGEL, op.cit., § 869, n° 2- R.G. 16 mai 1908, R.G.Z. 68, 386 (389)-R.G. 5 décembre 1922, R.G.Z. 106, 413 (414).

tion de celui-ci dépend du "Besitzmittler" (137).

A partir du moment où une action est intentée par le possesseur médiat, elle ne dépend plus du comportement ultérieur du possesseur direct. En revanche, l'attitude de ce dernier est particulièrement importante au moment du trouble. Une voie de fait n'existant que si le trouble ou la dépossession se réalise contre la volonté du possesseur (138), c'est de lavolonté du possesseur direct qu'il s'agit en l'occurrence. C'est donc, en définitive, de son comportement que dépendront les recours du possesseur médiat contre le tiers. Si, quelle que soit l'attitude du possesseur médiat, le possesseur direct consent au trouble, il n'y a plus de recours possible contre le tiers (139).

Les rapports du possesseur médiat et du possesseur direct ne sont pas expressément envisagés par le § 869 du B. G. B. . Un point fait l'unanimité de la doctrine : le possesseur médiat ne bénéficie pas de la protection possessoire à l'encontre du possesseur direct. L'ensemble des auteurs n'est pourtant pas unanime sur la portée qu'il convient de reconnaître à cette règle, certains estimant que l'action du § 859 doit pouvoir être employée contre le "Besitzmittler" (140). Mais ce qui, en pratique, est le plus important concerne l'impossibilité pour pour le possesseur médiat d'exercer les actions possessoires classiques contre le possesseur direct (141). La raison de cette impossibilité doit être recherchée dans les liens qui unissent les deux possesseurs. Il faut se souvenir que toute "Besitzmittlungsverhältnis" est une situation juridique (142), et que, par conséquent, les actions qui en

---

(137) R.G. 16 mai 1931 précité n° 242, note 79-Contra : FRANCK, op. cit. (n° 140, note 199), p. 19 et s.

(138) Cf. supra, n° 238.

(139) PALANDT, op. cit., § 869, n° 1-STAUDINGER, op. cit., § 869, n° 5 - WOLFF-RAISER, op. cit., § 20,II.

(140) WEIDEMANN, op. cit. (n° 140, note 205), p. 31.

(141) STAUDINGER, op. cit., § 869,n° 9-PALANDT, op. cit., § 869, n° 1-SOERGEL, op. cit., § 869,n° 3-R.G.R.-Komm. op. cit., § 869, n° 1-ERNST,op.cit.(n° 91, note 35),p.64-BRUNS,op.cit.(n°24,note28),p.40.

(142) Cf. supra, n° 136.

découlent devraient suffire au possesseur médiat à assurer la défense de ses droits. Au fond, ce que refuse le droit allemand, c'est que la protection possessoire puisse intervenir pour l'application ou l'interprétation d'un contrat ou de tout autre acte juridique (143). Mais alors ce qui est paradoxal, c'est que cette règle ne s'applique qu'à l'égard du possesseur médiat.

259. - En effet, le droit allemand accorde l'entière protection possessoire au possesseur direct. Ce n'est guère étonnant en ce qui concerne les relations de ce dernier avec un tiers, puisqu'il est possesseur. Mais il est également protégé contre le possesseur médiat de qui il tient ses droits (144). Ainsi l'existence d'une situation juridique dont précisément est issue la possession directe, n'est un obstacle à une action possessoire que pour le possesseur médiat et non pour le possesseur direct. Dans cette mesure, c'est avec raison que l'on peut parler d'une "Verdinglichung" ("réalité") du droit du possesseur direct (145). Celui qui, en droit français, n'est que détenteur précaire est, en droit allemand, de par sa possession doublement protégé : il bénéficie des actions possessoires à l'égard des tiers comme à l'encontre du possesseur médiat. Et du point de vue du droit allemand, seule cette dernière solution est étonnante. La protection possessoire du possesseur direct démontre que le droit allemand, en accordant la possession au détenteur précaire, ne lui a pas seulement ouvert la voie des actions possessoires, mais a transformé la nature de sa situation.

Ainsi, avant 1975, l'opposition entre les deux droits ne pouvait-elle être sur ce point que complète et entière. D'autres situations permettaient, en revanche, certains rapprochements.

---

(143) On retrouve cette explication en droit français à propos de la réintégrande ; cf. infra, n° 268.

(144) STAUDINGER, op. cit., § 869, n° 11-PALANDT, op.cit.,§ 869, n° 1. ERNST, ibidem, p. 65-V. par exemple : R.G. 18 septembre 1908, R.G.Z. 69, 197-O.L.G. Hambourg, 29 juin 1923,L.Z. 1924,169.

(145) Malgré l'évolution du droit français, cette analyse n'y est pas transposable ; cf. supra, n° 225 et infra, n° 271 et s.

260. - De ce point de vue la copossession mérite une place à part, d'autant plus que le B. G. B. ne la conçoit qu'au travers des règles édictées pour sa protection (146). En fait, le § 866 du B.G.B. envisage les rapports des copossesseurs entre eux et non leurs relations avec les tiers. Or les deux questions méritent d'être posées.

Celle qui suscite le moins de difficultés, ce qui explique le silence de la loi, concerne la protection des copossesseurs contre les tiers. En principe, en pareille circonstance, chaque copossesseur dispose des actions possessoires comme tout possesseur (147). Cependant il doit être tenu compte de la nature particulière de la situation engendrée par une copossession. Lorsqu'un tiers porte atteinte à la possession d'un des copossesseurs, seul ce dernier bénéficiera de la protection possessoire (148). En revanche, si l'ensemble de la copossession est mise en cause par les agissements d'un tiers, ce sont tous les copossesseurs ou chacun d'entre eux qui peuvent agir (149). Toutefois, l'action ne peut tendre qu'au rétablissement de la copossession, même si elle est exercée à titre individuel. Pourtant il en ira autrement lorsque certains copossesseurs ne pourront ou ne voudront reprendre le bien : il sera alors possible à celui qui usera des actions possessoires de parvenir à une possession exclusive. Pareille possibilité n'est pas consacrée par la loi, mais résulte d'une interprétation par analogie du § 869 alinéa 2 (150).

Dans les relations entre copossesseurs, le sort des actions possessoires est plus délicat et la portée du § 866 du B.G.B. doit être exactement délimitée. A s'en tenir à la lettre du texte, seule est interdite l'action possessoire qui porterait sur les limites de l'usage revenant à chacune des parties. Une action possessoire ne saurait donc

---

(146) § 866, "Lorsque plusieurs personnes possèdent un bien en commun, elles ne peuvent entre elles recourir à la protection possessoire pour fixer les limites de l'usage revenant à chacune d'elles".

(147) STAUDINGER, op. cit., § 866, n° 8.

(148) WOLFF-RAISER, op. cit.,§ 21-M. WOLFF,op.cit.(n° 181,note 21),p.182.

(149) WOLFF-RAISER, ibidem.

(150) Cf. supra, n° 258-WOLFF-RAISER,ibidem-PALANDT,op.cit.,§ 866, n° 2.

trancher un conflit survenant entre un possesseur qui entend rester dans ses droits et un autre qui conteste ces droits. Chaque fois qu'il s'agira de délimiter les droits des différents copossesseurs quant à l'usage du bien possédé, la voie de la protection possessoire demeurera close (151). Comme en droit français, cette solution est imposée par la règle du non cumul du possessoire et du pétitoire (152). Cependant l'on peut imaginer des hypothèses de trouble ou de dépossession de la part d'un copossesseur, sans que soient mis en cause les droits respectifs des parties. Peut-on alors recourir au § 866 ? En cas de trouble, la question est controversée. La majorité des auteurs, estiment, avec raison, qu'il est difficile de statuer sur un trouble sans que cela ne revienne à se prononcer sur les droits respectifs des parties ; et c'est ce point de vue qu'entérine la jurisprudence (153). A l'inverse, s'il s'agit d'une dépossession réalisée par un des copossesseurs au détriment d'un autre, les règles du droit commun retrouvent toute leur signification et la victime pourra recourir à la réintégrande (154). Cette solution, il est vrai, a également été critiquée. On a fait remarquer que la dépossession supposant une voie de fait illicite, c'est-à-dire un acte commis contre la volonté du possesseur, c'est de la volonté de tous les copossesseurs dont il faudrait tenir compte et non de celle de l'un d'eux (155). En réalité, chaque copossesseur ayant un pouvoir propre, rien de plus normal que de s'en tenir à la seule volonté de la victime de la dépossession pour caractériser la voie de fait.

Ainsi, la restriction imposée par le § 866 du B.G.B. se limite d'une part, aux seules relations des copossesseurs entre eux et, d'autre part, au sein de ces rapports, à la seule prohibition des actions dont le résultat serait de trancher un débat relevant du pétitoire.

---

(151) STAUDINGER, op.cit., § 866, n° 10-WOLFF-RAISER, op.cit., § 21, II - M. WOLFF, op. cit. (n° 181, note 21), p. 172.

(152) Cf. supra, n° 256, et infra, n° 282.

(153) STAUDINGER, op.cit., § 866, n° 10-PALANDT, op.cit., § 866, n° 2-B.G.H. 14 janvier 1959, B.G.H.Z. 29, 372(377)-Comp. M. WOLFF, ibidem, p. 176.

(154) STAUDINGER, op. cit., § 866, n° 9.

(155) SEELER, "Zur Lehre vom Mitbesitz" Dogm. J. 44, 363.

261. - Une dernière question mérite d'être signalée dans la mesure où elle fait l'objet d'un texte spécial, le § 865 du B. G. B. (156). Elle a trait à la protection de cette situation particulière et propre au droit allemand qu'est la possession partielle (Teilbesitz) (157). Cependant du point de vue de la protection possessoire, elle ne présente aucune originalité. Les actions possessoires sont accordées indifféremment à l'un ou l'autre des possesseurs en présence. Mais au regard du droit français, l'intérêt du § 865 est de confirmer la possibilité de faire jouer la protection possessoire en matière de simples troubles de jouissance.

262. - Si l'on excepte les questions propres au droit allemand et que l'on tente de faire le point sur la situation respective des deux législations avant 1975, une double constatation s'impose. Tout d'abord, il apparaît clairement que les deux éléments de dissemblance tenant à la possession et au possesseur, ne faisaient en réalité qu'un, le deuxième n'étant que la conséquence du premier. Et cette remarque en entraîne une autre qui conduit à constater que l'autonomie des deux systèmes n'était qu'une conséquence de leur notion respective de possession. Mais cette conclusion doit être nuancée. Dès avant 1975, il s'est produit un rapprochement incontestable, dans la mesure où les deux droits ont accordé une certaine protection possessoire, l'un au détenteur précaire, l'autre au détenteur subordonné.

2°) Esquisse d'un rapprochement entre les deux droits.

263. - Le défaut de protection du détenteur précaire a fait l'objet de nombreuses critiques en droit français. Aux yeux de beaucoup d'auteurs, cette absence résumait à elle seule tous les inconvénients du système français. L'unanimité s'était rapidement faite pour demander que soit accordée une protection possessoire au détenteur ré-

(156) § 865 du B.G.B. : "Les dispositions des § 858 à 864 interviennent également en faveur de celui qui ne possède qu'une partie d'une chose, notamment des locaux d'habitation distincts ou autres".

(157) Cf. supra, n° 180.

gulier de la chose d'autrui. C'était pourquoi les solutions allemandes paraissaient sans conteste préférables (158). Aussi ne faut-il guère s'étonner de l'accueil favorable réservé aux initiatives jurisprudentielles. En protégeant d'une certaine manière les détenteurs précaires, les tribunaux s'efforcèrent de pallier les inconvénients qui résultaient d'une stricte application des principes (b). Si donc une telle solution pouvait parfaitement s'expliquer en France, elle était plus inattendue en Allemagne. Pourtant c'est le B. G. B. lui-même, dans son § 860, qui l'a consacrée en étendant au détenteur subordonné la seule action issue du § 859 (a). De la sorte, chacune des deux législations parvenait à protéger celui qui, à ses yeux, n'était pas possesseur.

a) Protection possessoire du détenteur subordonné.

264. - Comme tout possesseur allemand, le détenteur subordonné peut légitimement recourir à la force pour défendre la possession de son maître (159). La portée du § 860 du B. G. B. doit être cependant bien comprise. Ce texte ne confère, en réalité, aucun droit propre au "Besitzdiener". En usant des facilités offertes par la loi, le détenteur subordonné ne fait en sorte qu'agir à la place du "Besitzherr". Somme toute, le § 860 s'explique par l'idée de représentation du possesseur par le détenteur (160). Il en résulte qu'il ne peut être utilisé à l'encontre du "Besitzherr". La protection du détenteur subordonné est ainsi limitée aux seuls agissements commis par un tiers (161). De même, cette protection est étroitement dépendante de l'exacte situation du détenteur, dans la mesure où elle ne saurait s'exercer que sur des biens appartenant au possesseur. Cette dernière condition se conçoit aisément, car elle met en évidence ce qui est au fond la raison d'être du § 860. Si le législateur allemand a cru nécessaire de protéger de la sorte le détenteur subordonné, c'est que lui seul est en mesure

---

(158) PLANIOL et RIPERT, op. cit., nº 147-WEILL, op. cit., nº 371.

(159) § 860 du B.G.B. "Est également autorisé à exercer les droits reconnus au possesseur par le § 859, celui qui exerce pour lui le pouvoir de fait conformément au § 855"-Cf. supra, nº 246 et s.

(160) STAUDINGER, op.cit., § 860, nº 1-PALANDT, op.cit., § 860, nº 2.

(161) R.G. 18 novembre 1919, R.G.Z. 97, 166 (167).

de connaître et, par conséquent, de repousser efficacement une atteinte contre la possession de son maître (162). Cette explication n'a pourtant pas paru suffisante pour élargir la protection possessoire du détenteur subordonné ; hormis l'action du § 858, aucune autre action possessoire ne lui est offerte.

b) Protection possessoire du détenteur précaire.

265. - Désireux de pallier les inconvénients résultant de l'absence de protection possessoire du détenteur précaire, les tribunaux se sont engagés dans une double voie. La première a été d'accorder la réintégrande au détenteur. Les juges faisaient ainsi échapper cette action aux conditions normalement requises de la part de celui qui en bénéficiait (163). D'un autre côté, après avoir étendu les actions possessoires aux biens du domaine public (164), les tribunaux ont été conduits à protéger ceux qui exerçaient sur de tels biens certaines prérogatives.

266. - Ainsi, dès avant la loi du 9 juillet 1975, la jurisprudence française estime que la réintégrande ne suppose pas une possession répondant aux conditions de l'article 2229 du Code civil. De même, à ses yeux, l'article 23 du Code de procédure civile ne s'applique qu'aux actions possessoires ordinaires que seraient la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre. La réintégrande est alors considérée comme un instrument de paix publique, comme un moyen d'empêcher que l'on se fasse justice à soi-même (165). L'intérêt social exigeant avant tout que soient réprimées les voies de fait, on ne se souciera guère de la qualité de celui qui agit.

Mais la sauvegarde de l'ordre public ne permet pas d'aller jusqu'à protéger n'importe quelle situation de fait. Si l'on n'exige pas une possession animo domini, du moins ne doit-on protéger qu'une détention- ou une possession- qui soit paisible et publique. Il suffit alors que la victime de la dépossession ne se soit pas rendue coupable d'actes de violence ou que sa situation ne soit pas clandestine.

---

(162) Cette même raison nous avait conduit à écarter du bénéfice du § 859 le possesseur médiat ; cf. supra, n° 258.
(163) Cf. supra, n° 256.
(164) Cf. supra, n° 231.
(165) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n°206-SOLUS et PERROT, op.cit., n°206

Ce sont là des solutions jurisprudentielles fermement établies (166). A cet égard, la réintégrande s'oppose donc profondément à la complainte ou à la dénonciation de nouvel oeuvre. C'est ainsi notamment qu'une possession viciée peut parfaitement en bénéficier, sauf quand le vice met en cause l'existence même de la possession (167). Enfin, il est inutile de justifier d'une possession annale, antérieure aux voies de fait (168).

En soi, ne pas exiger pour la réintégrande les conditions normalement requises pour toute action possessoire n'a d'intérêt que parce qu'il est alors permis de protéger le détenteur précaire. Et en réalité, c'est ce seul résultat que vise l'action de la jurisprudence (169). Mais si, de cette manière, est acquise une certaine protection du détenteur, toutes les difficultés sont loin d'être levées. Cependant, il est déjà possible de remarquer l'analogie des démarches française et allemande. Chacun des droits protège son détenteur pour des raisons identiques, à savoir, le souci de préserver la paix publique, et dans une seule circonstance, celle d'une dépossession.

---

(166) Req. 4 mai 1868, D. P. 1868, 1, 382 - Req. 14 mars 1876, D.P. 1878.1.68 - Req. 19 novembre 1888, D. P. 1890.1.16-T. civ. Mayenne 28 février 1957, J.C.P. 1957,II,10277, note T. P. - Civ. 15 mai 1957, Bull. civ. I, n° 217, p. 179 - Civ. 1°, 21 avril 1964, Bull. civ. I, n° 203, p. 158 - Civ. 3°, 15 février 1968, D. 1968, 453 ; Rev. trim. dr. civ. 1968, 750, obs. BREDIN.

(167) Req. 27 février 1905, S. 1905.1.448 ; Rev. trim. dr. civ. 1908, 753, note A. WAHL-Civ. 16 janvier 1968, Bull. civ. I, n° 35,p.30.

(168) Req. 1 mars 1932, G.P. 1932, 1, 790 ; Rev. trim. dr. civ. 1932, 484, obs. SOLUS-Civ. 3°, 28 mai 1971, Bull. civ. III, n° 340, p. 242.

(169) Civ. 2 juillet 1862, D.P. 1862.1.354-Civ. 4 juin 1904, D.P. 1904. 1.475 Rev. trim. dr. civ. 1908, 752, obs. A WAHL-Req. 21 mai 1928, G. P. 1928.2.365.

267. - Le particularisme de la situation du détenteur nécessite que soit prévue à l'égard de quelles personnes il peut user de la réintégrande. La question ne soulève aucune difficulté dans les rapports du détenteur avec les tiers. Bien au contraire, c'est en pareille hypothèse que la réintégrande a toute son importance (170). En revanche, en ce qui concerne les rapports du détenteur avec la personne dont il tient ses droits, et plus particulièrement les relations du preneur et du bailleur, une importante controverse s'est développée au sein de la doctrine et de la jurisprudence françaises. Faut-il ou non permettre au preneur d'user de la réintégrande lorsque la dépossession est l'oeuvre du bailleur ? A cette question, la réponse des tribunaux a été particulièrement fluctuante (171). Au départ, il semblait acquis que la réintégrande était exclue dans les rapports entre possesseur et bailleur : "l'inexécution d'une convention ne peut donner lieu à l'action possessoire ; ... celui qui se plaint de cette inexécution ne peut agir que par l'action personnelle ou réelle selon les cas, pour contraindre le défendeur à exécuter la convention (172). Mais en privilégiant la nécessité de préserver l'ordre public et la paix sociale, et en refusant que tout un chacun, en l'occurrence le bailleur, se fasse justice à soi-même, les juges du fond admirent dans une large mesure le jeu de la réintégrande à l'encontre du bailleur : "le locataire ou fermier, peut exercer la réintégrande, d'une part, parce que c'est une action personnelle, car elle n'a pas pour

---

(170) Req. 22 janvier 1878, D.P. 1878.1.316-Civ. 14 février 1912,D.P. 1913.1.176-Civ. 31 mars 1956, Bull. civ. I, n° 233, p. 172.

(171) Cf. sur cette évolution, MICHELET, op.cit.(n° 233, note 34), n° 190 et s.

(172) Ch. civ. 1 février 1922, D.P. 1925.1.64 - Rev. trim. dr. civ. 1922, 429, obs. SOLUS-Req. 21 octobre 1929, G. P. 1929.2.785 ; Rev. trim. dr. civ. 1930, 149, obs. SOLUS.

objet de trancher la question de la possession, mais a son principe générateur et sa raison d'être dans une voie de fait qui a troublé la paix publique et qu'elle est établie moins pour la garantie de la possession que pour la réparation d'un fait illicite ; que d'autre part, la réintégrande n'exige pas pour son admission une possession proprement dite et qui réunisse tous les caractères indiqués par l'article 2229 du Code civil et notamment l' animus domini" (173). La doctrine n'était guère favorable à la tendance prônée par les juges du fond. Les critiques ne manquèrent pas qui, toutes, et plus particulièrement celles de M.Solus, soulignaient que lorsqu'une dépossession émane d'un bailleur, elle viole les obligations résultant du contrat de bail qui unit les parties (174).

---

(173) T. civ. Rouen 17 juillet 1928, S. 1928.2.169, note JAPIOT ; Rev. trim. dr. civ. 1929, 159, obs. SOLUS-T. civ. Marseille 8 février 1928, G.P. 1928.1.639 ; Rev. trim. dr. civ. 1928, 452, obs. SOLUS-T. civ. Nice 12 novembre 1947, G.P. 1948.1.112-T. civ. Seine 15 décembre 1947, G.P. 1948.1.82 ; ces deux dernières décisions étant commentées à la Rev. trim. dr.civ. 1948, 232, obs. SOLUS-T. civ. Aurillac 2 novembre 1949, Rev. trim. dr. civ. 1950, 760 obs. SOLUS- T. civ. Seine 21 mars 1956, G.P. 1956.1.383 ; Rev. trim. dr. civ. 1956, 558, obs. SOLUS-Contra : T. Paix Paris 9 mars 1923, G.P. 1923.1.689-T. civ. Grenoble 17 mai 1951, G.P. 1951.2.27 ; Rev. trim. dr. civ. 1951, 397, obs. SOLUS-T. civ. Seine 17 octobre 1957, J.C.P. 1958.II.10361 ; Rev. trim. dr. civ. 1958, 110, obs. SOLUS.

(174) Cf. obs. précitées de SOLUS ; v. également MICHELET, op.cit.(n° 233, note 34), n° 191.

La Cour de Cassation a alors tenté de concilier l'opinion des juges du fond avec ses propres solutions. En 1949, elle esquissa une distinction entre les questions qui, entre preneur et bailleur, relèveraient du possessoire et celles qui toucheraient au pétitoire (175). En 1967, ce courant est amplifié lorsque la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir pu statuer au possessoire "sans examiner l'étendue des droits conférés aux parties par un bail" (176). Cette tentative de conciliation n'était guère satisfaisante. En effet, de quel côté que l'on se place dans un contrat de bail, le possessoire apparaît indissociable du pétitoire. Ainsi la question de possession que soulève un locataire est-elle liée à sa qualité et à son titre contractuel de locataire. Il n'est "possesseur que dans la mesure où il est locataire" (177). De même, en ce qui concerne le bailleur, "il n'est pas possible de dissocier le trouble qui lui est reproché de l'exercice de ses droits de bailleur et du cadre contractuel dans lequel il s'est produit ; le trouble a, en soi et nécessairement, une coloration contractuelle" (178). Sensible à ces critiques, la Cour de Cassation est définitivement revenue à sa position originaire, en refusant d'accorder la réintégrande au détenteur qui l'exercerait à l'égard de son bailleur (179). Bien qu'aujourd'hui la controverse doive être tenue

---

(175) Civ. 18 janvier 1949, S. 1950.I.147 ; Rev. trim. dr. civ. 1950, 522, obs. SOLUS.

(176) Civ. 1°, 15 mai 1967, Bull. civ. I, n° 217, p. 179-Cf. GILLES, La réintégrande, Th. Paris, 1936.

(177) SOLUS, note sous T. civ. Seine 21 mars 1956, précité, note 173.

(178) SOLUS ibidem.

(179) Civ. 2°, 23 juillet 1959, Bull. civ. II, n° 613, p. 399-Civ.1°, 6 octobre 1959, Bull. civ. I, n° 381, p. 319-Rev. trim. dr. civ. 1960, 436, obs. SOLUS-Civ. 1°, 22 juin 1965, Bull. civ. I, n° 414, p. 308 ; Rev. trim. dr. civ. 1966, 111, obs. BREDIN.

pour close, une certaine réticence peut encore être perçue de la part des juges du fond (180).

268. - La limitation de la réintégrande aux seuls rapports entre le détenteur et les tiers mérite d'être approuvée. Interdire de recourir à la réintégrande contre celui dont on tient ses droits participe, en effet, d'un principe plus général, celui de l'irrecevabilité de l'action possessoire visant à sanctionner l'inexécution d'un contrat. Lorsqu'ils rejettent la possibilité d'une telle réintégrande, c'est d'ailleurs le plus souvent en se référant à cette règle que les tribunaux justifient leur décision. Et toute la démonstration de Solus repose sur la difficulté, en matière de bail, à se détacher du contrat.

Mais le contrat de bail n'est qu'un exemple. Aux termes d'une jurisprudence fermement établie, "l'inexécution d'une convention ne peut donner lieu à l'action possessoire ; la partie qui se plaint de cette inexécution doit, pour contraindre le défendeur à remplir son obligation, agir selon les cas, par l'action personnelle ou réelle, ne rentrant pas dans la compétence du juge du possessoire" (181). Admettre la solution contraire conduirait à ôter tout son sens à la règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire (182). Cependant, le seul fait qu'il existe un contrat entre les parties ne rend pas irrecevable toute action possessoire. Encore faut-il que cette action concerne directement l'exécution du contrat, et, a fortiori, que ce

---

(180) T. civ. Le RAINCY, 25 février 1972, J.C.P. 1972.IV.228.

(181) Civ. 18 janvier 1949, S. 1950.1.147 ; Rev. trim. dr. civ. 1950, 522, obs. SOLUS-Cf. également : Civ. 1 février 1922, précité n° 267, note 172-Civ. 22 juin 1965, précité n° 267, note 179-Civ. 3°, 28 novembre 1969, D. 1970, 84, note E.F.-Civ. 3°, 21 novembre 1974, Bull. civ. III, n° 427, p. 329-PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 194.

(182) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 96; cf. infra, n° 280 et s.

contrat existe entre les parties concernées (183).

Des principes identiques régissent la copropriété d'immeubles. Les actions tendant à la défense des lots de chacun des copropriétaires peuvent se heurter à la fin de non-recevoir que constitue la nature contractuelle des rapports qu'engendre, entre eux, le règlement de copropriété (184).

269. - A l'égard des biens du domaine public, l'évolution s'est faite en deux temps. Il a fallu, tout d'abord, les inclure dans le champ des actions possessoires ; cette solution n'allait pas de soi, puisque de tels biens ne peuvent en principe être possédés (185). Une fois intégrés dans le champ de la protection possessoire, les biens du domaine public ont donné l'occasion à la jurisprudence de confirmer sa volonté de protéger de simples détenteurs.

En pratique, deux catégories de personnes peuvent être amenées à user d'un bien du domaine public ; celles qui le font sans aucun droit et celles qui bénéficient d'une concession ou d'une auto-

---

(183) Req. 18 octobre 1937, G.P. 1937.2.795 ; Rev. trim. dr. civ.1938, 107, obs.SOLUS-Civ.3°, 24 mai 1972, Bull. civ. III, n° 319, p. 229 , qui accorde la réintégrande à un locataire contre un autre autre locataire, en soulignant qu'aucun lien contractuel n'unissait les parties et que, par conséquent, l'action possessoire était possible.

(184) HEBRAUD, op.cit.(n° 223, note 11), n° 95-Civ.1°, 22 février 1965, D.1966,37, note ESMEIN ; Rev. trim. dr. civ. 1966, 372,obs. HEBRAUD-Paris 29 novembre 1966, G.P. 1967,1,143, note CABANAC ; Rev. trim. dr. civ. 1967, 415, obs. BREDIN-Civ.3°, 3 novembre 1971, Bull. civ. III, n° 529, p. 378.

(185) Cf. supra, n° 231.

risation (186). Dans le premier cas, il s'agit de tous ceux qui usent d'un bien du domaine public en vertu d'un acte de simple tolérance. Ce dernier ne peut évidemment leur conférer une possession utile susceptible d'être protégée (187). Il n'y a là rien d'autre que l'application des règles du droit commun (188). Dès lors, il serait normal d'y rencontrer les mêmes atténuations que celles offertes à tout détenteur. En réalité, la jurisprudence se montre beaucoup plus libérale à l'égard du détenteur d'un bien du domaine public qu'à l'égard du détenteur de droit commun, en offrant au premier la possibilité d'exercer toutes les actions possessoires à l'encontre d'un tiers (189). Les tribunaux justifient le plus souvent cette solution par la relativité du vice de précarité. Cette argumentation n'est guère convaincante : la précarité est plus qu'un simple vice et la protection possessoire suppose avant tout une possession animo domini. Aussi faut-il expliquer cette jurisprudence par le souci de préserver l'intégrité du domaine public. Mais le libéralisme des tribunaux va jusqu'à admettre qu'un simple particulier puisse intenter la réintégrande contre l'administration, lorsque cette dernière se rend coupable d'une voie de fait : "nul, pas plus les personnes du droit public que les simples citoyens, ne peut se faire justice à soi-même" (190).

---

(186) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 276 et s.

(187) Cf. supra, n° 252 - SOLUS et PERROT, op. cit., n° 210 - JAPIOT, Rev. trim. dr. civ. 1912, 259 - Req. 26 octobre 1896, D. 1897.1. 245 - Civ. 7 juillet 1954, D. 1954, J, 661 - Civ. 3°, 21 mars 1969, Bull. civ. III, n° 255, p. 195.

(188) Cf. supra, n° 252.

(189) Req. 18 décembre 1865, S. 1866.1.365 - Req. 25 mars 1857, S.1858. 1.453 - Civ. 20 novembre 1877, S. 1878.1.64 - Req. 25 juillet 1887, D. P. 1889.1.67.

(190) Civ. 6 avril 1960, D. 1960, J, 457 ; Rev. trim. dr. civ. 1960, 689, obs. SOLUS.

Partant, une société d'affichage, dépossédée d'un panneau publici - taire apposé en saillie sur le domaine public de la voirie communale, à partir d'un mur dont elle était locataire, peut agir en réintégrande contre le maire dont une décision est à l'origine de la dépossession (191). Cela revient à dire que l'auteur de la voie de fait ne peut espérer l'impunité, sous prétexte de l'appartenance de l'immeuble au domaine public (192). Il reste qu'une telle action est irrecevable si la dépossession résulte de l'exécution d'une décision administrative régulière en la forme. En pareille circonstance, il n'y a pas voie de fait et la réintégrande ne saurait devenir un moyen d'attaquer indirectement des décisions administratives dont le contentieux ne peut relever du juge judiciaire (193).

Ceux qui font usage des biens du domaine public en vertu d'une autorisation ou d'une concession sont dans la situation d'un détenteur précaire. La protection possessoire ne leur est donc pas offerte à l'égard de l'autorité concédante (194). En revanche, ils bénéficient à l'encontre des tiers aussi bien de la réintégrande que de la complainte (195). Ainsi, là encore, leur situation est préférable à

---

(191) Civ. 1°, 9 octobre 1974, Bull. civ. I, n° 257, p. 220-Cf. également : Civ. 2 juillet 1862, S. 1862.1.836-Req. 10 février 1864, S. 1864.1.257-Req. 18 juin 1866, S. 1866.1.365- Civ. 1°, 8 juillet 1975, Bull. civ. I, n° 221, p. 188.

(192) Civ. 1°, 4 décembre 1973, Bull. civ. I, n° 331, p. 293.

(193) Req. 29 août 1871, D.P. 1873, 1, 141.

(194) Req. 26 octobre 1896, D.P. 1897.1.245-WEILL, op.cit.,n° 407 et 413 - SOLUS et PERROT, op. cit., n° 210.

(195) Civ. 6 mars 1855 , S.1855.1.507-Montpellier, 9 février 1960, D. 1960, J., 438.

celle de tout autre détenteur.

270. - C'est donc à l'occasion de la possession des biens du domaine public que le droit français se rapprochait le plus, dès avant 1975, des solutions allemandes. Et le mérite d'un tel rapprochement revenait à la jurisprudence. En considérant la réintégrande comme une action originale, soumise à des règles propres, elle a corrigé ce que la notion de possession avait d'étroit et d'injuste. Malgré tout, la situation du détenteur paraissait encore à beaucoup par trop défavorable. Dans la mesure où la jurisprudence avait fait la preuve que l'on pouvait ne pas faire dépendre la protection possessoire de la notion de possession, ne convenait-il pas d'aller plus loin ?

B) L'alignement du droit français sur les solutions allemandes.

271. - La loi du 9 juillet 1975, en accordant la protection possessoire au détenteur, modifie profondément les règles de la protection possessoire en droit français (196). Ce changement est remarquable au regard du droit allemand dont on adopte bon nombre de solutions, sans pour autant que soit remise en cause la notion de possession. Le rapprochement entre les deux législations n'a été possible qu'au prix d'une distorsion entre la notion de possession et ses conséquences pratiques. Seul le droit allemand demeure cohérent, puisque s'il accorde la protection possessoire au détenteur, c'est en fait parce que ce dernier est possesseur. Quant au droit français, il continue à refuser cette assimilation et se contente d'une voie plus pragmatique.

Le mérite de la loi du 9 juillet 1975 ne se borne pas à accorder la protection possessoire au détenteur précaire. Il tient aussi au fait qu'elle comble une lacune du Code civil. Jusqu'à présent, aussi étonnant que cela puisse paraître, le principe d'une protection possessoire n'était pas consacré dans la loi. C'est cette omission que

(196) Loi n° 75-596 du 9 juillet 1975, J. O. 10 juillet 1975, p. 1076. Cf. JESTAZ, Rev. trim. dr. civ. 1975, p. 807 ; G. GOUBEAUX, op. cit., n° 225, note 17 - Cf. également : VISMARD "Les actions possessoires", Revue des Huissiers de Justice, 1976, p. 221.

répare l'article 2282 du Code civil en affirmant dans son alinéa 1 que "la possession est protégée, sans avoir égard au fond du droit, contre le trouble qui l'affecte ou la menace". Cette démarche traduit la seconde préoccupation du législateur : profitant de la réforme d'ensemble de la procédure civile, il en a distrait toutes les dispositions qui, en réalité, relevaient du droit civil. Nul doute à cet égard que si le régime des actions possessoires relève de la procédure, leurs principes directeurs concernent le droit civil.

272. - "La protection possessoire est pareillement accordée au détenteur contre tout autre que celui de qui il tient ses droits". Ainsi s'exprime l'article 2282 du Code civil dans son alinéa 2, lorsqu'il consacre la modification essentielle apportée par la loi du 9 juillet 1975. Au regard de la protection possessoire, le détenteur et le possesseur sont donc aujourd'hui sur un pied d'égalité et le droit français rejoint de cette manière les solutions allemandes.

Si les conséquences d'un tel changement sont multiples, elles concernent essentiellement les droits des locataires, fermiers ou métayers (197). C'est à eux que s'ouvrent à présent toutes les actions possessoires. Et en cela la loi fait plus que consacrer l'œuvre de la jurisprudence. Celle-ci s'était cantonnée à accorder au détenteur précaire la seule réintégrande (198). Aujourd'hui, ce sont toutes les actions possessoires qui lui sont offertes.

En revanche, le législateur s'est largement inspiré de l'attitude des tribunaux lorsqu'il précise que les actions possessoires demeurent exclues entre le détenteur et celui dont ce dernier tient ses droits. Cette précision ne fait que confirmer une solution qui, longtemps controversée, ne faisait plus de doute en 1975 (199). Comme par le passé, la protection possessoire du détenteur ne peut conduire à sanctionner l'inexécution d'un contrat (200). Entre les parties à un

---

(197) Sur les différentes conséquences de cette loi, cf. supra, n° 14 et s; n° 225.

(198) Cf. supra, n° 265.

(199) Cf. supra, n° 267.

(200) Cf. supra, n° 268.

contrat, tout litige soulève nécessairement un problème d'exécution qui suppose, pour être résolu, que soit apprécié le droit de chacune d'elles (201). Ainsi les litiges qui surviennent entre un bailleur et un preneur ou ceux qui mettent en cause l'application du règlement de copropriété entre titulaires d'un lot, continuent d'échapper aux actions possessoires (202). Il en va de même en cas de litige opposant le titulaire d'un droit réel démembré au nu-propriétaire, pour autant que l'origine du démembrement soit contractuelle.

En refusant toute action contre la personne dont on tient ses droits, le Code civil demeure en retrait au regard des solutions allemandes. L'on sait que ces dernières autorisent le possesseur direct à user des actions possessoires contre le possesseur médiat (203), mais non l'inverse. Pareille divergence confirme que le législateur français, s'il renforce la situation du détenteur, refuse de transformer la nature de son droit.

273. - La portée de la loi du 9 juillet 1975 se limite-t-elle à accorder la protection possessoire au détenteur précaire ou ne va-t-elle pas bouleverser toutes les règles jusqu'ici fermement établies ? La question mérite d'être posée au regard des conditions normalement requises pour qu'une possession puisse être protégée.

L'article 2283 du Code civil fournit un premier élément de réponse, lorsqu'il affirme que "les actions possessoires sont ouvertes dans les conditions prévues par le Code de procédure civile à ceux qui possèdent ou détiennent paisiblement". Cette rédaction est à peu de chose près celle de l'actuel article 23 du Code de procédure civile. Mais on sait que ce dernier texte n'a pas empêché la jurisprudence et la doctrine d'admettre que la possession requise, au moins pour la complainte et la dénonciation de nouvel oeuvre, devait présenter tous les caractères d'une possession véritable et exempte de vices (204). Appliquée à la détention, l'exigence d'un animus domini est un non sens. A partir du moment où le simple détenteur est protégé, l'animus domini

(201) GOUBEAUX, op. cit. (n° 225, note 17), p. 384.
(202) Cf. supra, n° 268.
(203) Cf. supra, n° 259.
(204) Cf. supra, n° 252.

n'est certainement plus une condition de la protection possessoire. Mais cette règle peut-elle être invoquée par toute personne, possesseur et détenteur, ou est-elle limitée au seul détenteur ? Le Code civil connaît-il aujourd'hui des actions possessoires d'un régime différent selon la personne qui les invoque ? En réalité, c'est là mal poser le problème. Aux termes mêmes de la loi, seul le possesseur ou le détenteur peuvent invoquer la protection possessoire. Or possession et détention se rejoignent sur un point : toutes deux supposent l'existence d'un corpus ; simplement la légitimité du corpus du détenteur a sa source dans un titre (205). Au regard du corpus, il est ainsi parfaitement indifférent que l'action soit intentée par un possesseur ou un détenteur. Si le corpus est établi, on sera nécessairement en présence d'une situation qui entre dans les prévisions de la loi. On ne saurait donc affirmer que le régime des actions possessoires varie selon la personne qui les intente. Cependant, il est incontestable que le possesseur animo domini voit sa situation améliorée, dans la mesure où il est en fait dispensé de prouver les caractères de sa possession.

La question est plus délicate en ce qui a trait à la deuxième condition normalement requise et qui concerne l'absence de vices. Un détenteur peut être tenté d'user de la violence pour entrer ou se maintenir en possession d'un bien auquel, à son avis, son titre lui donne droit. Mais à l'exception de la violence, les vices de la possession sont difficilement transposables en matière de détention. L'on conçoit difficilement de quelle manière une détention précaire pourrait être équivoque, clandestine ou discontinue. La situation du détenteur est régie par un acte juridique où les vices de la possession n'ont pas leur place. Ces vices, et plus particulièrement l'équivoque et la clandestinité, affectent l'élément intentionnel et n'ont donc d'intérêt que pour quelqu'un qui possède "animo domini" dans l'espoir de prescrire un droit réel quelconque (206). Ainsi, il n'est pas tout à fait indifférent de connaître la qualité de celui qui agit, pour autant qu'il intente une complainte ou une dénonciation de nouvel oeuvre. Et si cette solution conduit à se montrer plus sévère à l'égard d'un pos-

---

(205) Cf. supra, n° 116 et s.

(206) Cf. supra, n° 252 in fine.

sesseur qu'à l'égard d'un détenteur, peut-être est-elle justifiée par l'enjeu que comporte toute possession "animo domini".

D'un autre côté, la connaissance de la qualité de celui qui agit présente un intérêt incontestable en raison de la limite posée à l'action d'un détenteur. Ce dernier ne pouvant agir contre celui dont il tient ses droits, comment vérifier le respect de cette condition si l'on ignore les liens qui peuvent unir le demandeur et le défendeur

Ces deux dernières observations démontrent l'intérêt qui peut s'attacher à la connaissance de la qualité de celui qui agit. Ce n'est pas à dire que la loi du 9 juillet 1975 introduise directement un double régime des actions possessoires en fonction de celui qui en use, mais on peut difficilement nier le particularisme attaché à l'action d'un possesseur animo domini.

274. - Une dernière condition introduite par la loi nouvelle suscitera quelques difficultés. Comment, en effet, comprendre l'exigence d'une possession - ou d'une détention - paisible ? En principe, il conviendrait de se référer aux solutions dégagées par la jurisprudence à propos de la réintégrande (207). Cependant il est permis de s'interroger à un double point de vue.

A l'égard de qui l'état de fait doit-il être paisible ? La question n'a évidemment d'intérêt que pour un détenteur. Ainsi, faut-il refuser les actions possessoires au preneur si un litige l'oppose à son bailleur ? Un auteur a cru pouvoir affirmer que "la détention perd ce caractère (paisible) quand le droit de bail ou au maintien est contesté dans son principe..." (208). On ne saurait, à notre avis, souscrire à une telle proposition. L'action possessoire étant impossible à l'encontre du bailleur, c'est uniquement à l'égard des tiers que le caractère paisible doit s'apprécier, et ce d'autant plus que la violence n'est qu'un vice relatif.

---

(207) Cf. supra, n° 266 et s.

(208) JESTAZ, op. cit. (n° 271, note 191), p. 807.

Ensuite, il convient de se demander ce que devient l'exigence d'une possession annale (209). Faut-il comprendre qu'elle s'applique aujourd'hui aussi bien à la détention qu'à la possession ? Le délai d'un an s'expliquait jusqu'à présent par le souci du législateur de ne protéger qu'une possession suffisamment confirmée ; rien aujourd'hui ne vient contredire cette interprétation. Mais l'exigence d'un délai d'un an n'aurait aucun sens en matière de détention. Celle-ci a son origine dans un titre et elle n'a que faire d'une quelconque confirmation qui résulterait de l'écoulement d'un certain laps de temps. Autrement dit, si l'on maintient l'annalité, cela n'intéresse que la possession. Ainsi se trouveraient confirmées certaines particularités en cas d'action intentée par un possesseur (210).

Cette tendance est regrettable en raison des complications qu'elle introduit dans le régime des actions possessoires. Après tout, si la jurisprudence a cru pouvoir se débarrasse de toutes ces conditions à propos de la réintégrande, on peut dans le cadre de l'évolution actuelle espérer en faire de même à l'égard de la complainte et de la dénonciation de nouvel oeuvre. De cette manière, le régime des actions possessoires serait parfaitement indifférent à la qualité de celui qui les intente, hormis la limite posée par l'article 2282 alinéa 2 au détriment du détenteur.

275. - Malgré certaines incertitudes, il n'est pas contestable que la loi du 9 juillet 1975 modifie profondément l'esprit du système français. Il y a aujourd'hui un hiatus entre la notion de possession et l'une de ses conséquences les plus importantes. Ce n'est qu'en dépassant sa propre notion, que le droit français est parvenu à s'aligner sur le droit allemand. De ce point de vue le chemin parcouru est considérable : l'un des points d'affrontement les plus fermements établis entre les deux législations disparaît, sans que pour autant chacune ne renonce à l'essentiel.

§ 3 : La procédure des actions possessoires.

276. - Si en principe les questions de procédure échappent

(209) Cf. supra, n° 253.

(210) Cf. supra, n° 273 in fine.

au cadre de cette étude, celles qui ont trait au régime des actions possessoires sont trop importantes pour être éludées. Certaines règles figurent d'ailleurs expressément dans le B. G. B., et si tel n'est pas le cas en droit français, la doctrine n'a pas manqué de rattacher leur étude à celle de la possession proprement dite.

Dans les deux droits,un certain nombre de principes généraux gouvernant la procédure des actions possessoires offrent d'incontestables similitudes (A). Il en est de même pour la règle du non cumul du possessoire et du pétitoire, au moins dans son énoncé, car sa portée varie sensiblement d'une législation à l'autre (B). Enfin la nature particulière des actions possessoires et les récentes transformations de la procédure civile française appellent un rapprochement avec la procédure du référé. Les deux institutions poursuivent un but identique : la cessation d'un trouble et la recherche d'un statu quo. Il était inévitable que se produisent entre elles certaines interférences (C).

A) Traits généraux.

277. - Une première question ne suscite guère de difficultés: elle a trait à la compétence en matière d'actions possessoires. Elle mérite d'être mentionnée simplement parce qu'en droit français la protection possessoire relève d'une juridiction que la majorité des auteurs qualifie d'exception, le tribunal d'instance (211).

Attachée autrefois au juge de paix, la connaissance des actions possessoires a été transférée aux tribunaux d'instance, lorsque ceux-ci se sont substitués aux anciennes juridictions de paix (212). L'action possessoire est toujours considérée comme indéterminée : c'est dire que le juge statue à charge d'appel, lequel est depuis 1958 porté devant la Cour d'appel (213). Enfin, s'agissant de la compétence territoriale, elle est celle du lieu de situation de l'immeuble.

278. - Dans les deux droits, l'action est intentée par la victime du trouble ou de la dépossession. Sur elle pèse la charge de

(211) Comp.:VINCENT,op.cit.,n° 122 et SOLUS et PERROT,op.cit.,n° 518.
(212) Article 7-2° du décret n° 58-1284 du 22 décembre 1958, se substituant à la loi du 12 juillet 1905.
(213) Article 35 du décret précité, note 212.

prouver que les conditions d'une action possessoire sont réunies. Cette règle est particulièrement importante en droit allemand : l'on sait qu'une voie de fait ne sera illicite que dans la mesure où elle se sera produite contre la volonté du possesseur (214). A lui donc de démontrer qu'il y a eu dépossession ou trouble involontaire.

La détermination du défendeur varie selon la nature de l'action. Les deux législations suivent une voie parallèle, lorsque l'action est une complainte ou une dénonciation de nouvel oeuvre. Toutes deux cherchent à atteindre l'auteur du trouble ou ses héritiers (215). Sera ainsi sanctionnée, celui dont la volonté ou le consentement est à l'origine du trouble (216). Lorsque l'auteur du trouble prétendra avoir agi pour le compte d'autrui, l'action pourra indifféremment être intentée contre le mandant ou le mandataire. La nature particulière de la réintégrande conduit à des solutions quelque peu différentes. En droit allemand, elle doit être dirigée contre l'auteur de la dépossession ou celui qui lui a succédé (§ 858 al. 2). Mettant l'accent sur le caractère réel d'une telle action, la doctrine exige que le défendeur soit encore en possession du bien au moment où il est mis en cause (217). Si tel n'est pas le cas, il n'y a de place que pour une action en dommages-intérêts. Qu'advient-il lorsque le défendeur perd la possession au cours de l'instance ? S'il s'agit d'une perte involontaire ou d'un abandon, l'action du demandeur devient sans objet. Il doit reconnaître ce fait en se désistant et en limitant sa demande à la seule répartition des dépens (218). La perte de la possession sera au contraire vo-

---

(214) Cf. supra, n° 238.

(215) STAUDINGER, op.cit., § 861, n° 28-HEBRAUD,op.cit.(n° 223,note 11), n° 88.

(216) R.G. 29 juillet 1936, J.W. 1936, 3454, note H. LEHMANN.

(217) STAUDINGER, op. cit., § 861, n° 15 - PALANDT,op.cit.,§ 861, n° 4.

(218) STAUDINGER, op. cit., § 861, n° 20.

lontaire en cas de transmission à un tiers. En pareille hypothèse, le demandeur doit se référer au § 265 du Z. P. O. : "la litispendance n'interdit pas aux parties de céder le bien litigieux ou le droit qu'elles ont fait valoir. Cette transmission n'a aucune influence sur le procès...". A cela le § 325 du Z. P. O. ajoute que "le jugement a effet à l'égard des parties ou des personnes qui, après l'introduction de l'instance sont devenues des ayants cause des parties ou qui ont acquis la possession du bien litigieux de telle manière que l'une des parties ou ses héritiers soit possesseur médiat". Ainsi l'action du demandeur continuera à être fondée et ses conséquences seront supportées par le nouveau possesseur. Mais la possibilité pour le dépossédé de recourir aux § 265 et 325 du Z. P. O. divise profondément la doctrine. Peut-on, en premier lieu, considérer que la possession soit un bien au sens où l'entendent ces deux dispositions ? L'on peut répondre affirmativement à cette question, bon nombre d'auteurs soulignant qu'il faut interpréter largement le § 265 du Z. P. O. (219). Mais c'est en ce qui a trait à la portée du § 325 du Z. P. O. que surgissent les plus grandes difficultés. Certains entendent le restreindre à la seule hypothèse où entre le tiers et le défendeur existe une "Besitzmittlungsverhältnis". Autrement dit, l'action du demandeur ne pourraît être poursuivie que dans ce seul cas ; dans toutes les autres circonstances, et plus particulièrement s'il y a eu cession sans dédoublement de la possession, elle prendrait fin (220).

Les solutions françaises procèdent d'un raisonnement inverse: comme s'il s'agissait d'une action personnelle, la réintégrande vise uniquement l'auteur de la voie de fait et non son ayant cause ou le détenteur du fonds, sauf à établir leur mauvaise foi (221).

(219) SOERGEL, op.cit. § 861,5. En droit allemand "litispendance" est synonyme de procès.

(220) R.G.R.-Komm., op. cit., § 861, n° 1-Sur l'ensemble de cette controverse, cf. STAUDINGER, op. cit., § 861, n° 20.

(221) AUBRY et RAU, op. cit., § 189, p. 229-PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 209 - HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 179.

En l'absence d'une jurisprudence fermement établie en ce sens, cette solution demeure pourtant douteuse, d'autant plus qu'en définitive la réintégrande est considérée comme une action réelle et non personnelle (222).

279. - Une dernière modalité est commune aux deux législations et ce à un double titre : d'une part, toutes deux prévoient que les actions possessoires se prescrivent par un délai d'un an, d'autre part, elles ont la même conception de la nature de ce délai.

Aux termes de l'article 23 du Code de procédure civile et du § 864 alinéa 1er du B. G. B., les actions possessoires doivent être intentées dans un délai d'un an. Ce délai court à compter du jour où s'est produit le fait qui leur a donné naissance, c'est-à-dire à partir du trouble ou de la voie de fait illicite. Un tel délai se justifie par le souci de ne concevoir les actions possessoires que comme un moyen de protection immédiat et rapide (223). Le point de départ de cette prescription annale ne suscite aucune difficulté particulière, lorsque le trouble ou la dépossession ont pour origine un fait unique. Il n'en va pas de même en cas de troubles ou de voies de faits successifs. Pendant un certain temps, du moins en droit français, on s'est demandé s'il fallait retenir le trouble plus ancien ou le plus récent. Et une certaine tendance à ne prendre en considération que le fait le plus récent s'était manifestée tant en doctrine qu'en jurisprudence (224). Telle est d'ailleurs la solution qui continue de prévaloir en droit allemand. En revanche, en droit français, l'unani-

---

(222) T. civ. Lannemezan 2 juillet 1930, G.P. 1930.2.507 ; Rev. trim. dr. civ. 1930, 1105, obs. SOLUS, décision qui, si elle accorde à tort à un locataire expulsé la réintégrande contre son bailleur, la lui refuse pourtant contre le nouvel acquéreur. Cf. également : T. civ. Rouen 17 juillet 1928, S.1928.2.169 note JAPIOT; Rev. trim. dr. civ. 1929, 159, obs. SOLUS.

(223) STAUDINGER, op.cit. § 864, n°1-HEBRAUD, op.cit. (n° 223, note 11), n° 71, SOLUS et PERROT, op. cit., n° 167.

(224) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 168-Req. 1 août 1848, S.1849.1.449, rap. conseiller MESNARD.

mité s'est faite pour admettre que seul le fait le plus ancien constitue le point de départ de la prescription annale, à condition qu'il soit suffisamment caractérisé (225). Une légère divergence sépare donc les deux droits sur cette question.

Cependant tous deux se retrouvent lorsqu'il s'agit de caractériser la nature de ce délai. Tant en droit français qu'en droit allemand, la prescription annale est considérée comme un délai préfix. Mais la solution n'est incontestée qu'en droit allemand (226). En France certains doutes subsistent. Comme tout délai préfix, il est certain que ce délai court contre les mineurs et qu'il doit être soulevé d'office par le juge (227). Toutefois, on lui applique la maxime "Contra non valentem agere", ainsi que certaines causes d'interruption de droit commun (228). Les modalités de l'interruption doivent alors répondre aux exigences des articles 2242 à 2250 du Code civil. En particulier, l'interruption peut être naturelle ou civile. Ce dernier cas suppose, en principe, une véritable citation qui remplisse toutes les conditions d'une demande en justice. Est-ce le cas, lorqu'il s'agit d'une citation en référé ? Pareille demande n'a pas pour objet le fond du droit, elle ne peut donc interrompre la prescription. Cependant, lorsque la citation en référé contient des conclusions qui tendent à faire reconnaître le droit soumis à prescription, il y a une véritable demande en justice qui est simplement portée devant un juge incompétent. Aux ter-

---

(225) HEBRAUD, op.cit.(n° 223, note 11), n° 72-AUBRY et RAU,op.cit.§ 186, n° 123, p. 194,-Civ. 16 décembre 1929,G.P.1930.1.304 ; Rev. trim. dr. civ. 1930, 413, obs. SOLUS-T.paix Senones, 22 juillet 1957, G.P. 1958.1.180 ; Rev. trim. dr. civ. 1958, 274, obs. SOLUS.

(226) Les auteurs ne manquent pas d'employer à son propos le terme d' "Ausschlussfrist" : STAUDINGER, op. cit., § 864, n° 1.

(227) SOLUS et PERROT,op.cit.,n° 169-T.Paix Senones précité,note 225.

(228) HEBRAUD,op.cit.(n° 223, note 11), n° 73-SOLUS et PERROT,op.cit., n° 169-Req. 3 avril 1906, S. 1907.1.417,note TISSIER-Req. 28 novembre 1938, D.H. 1939, 99 ; Rev. trim. dr. civ. 1939,195, obs. SOLUS.

mes mêmes de l'article 2246 du Code civil, une telle citation interrompt la prescription et cette solution a été récemment confirmée par la Cour de cassation (229). Ces particularités conduisent certains à parler de la prescription annale, comme d'un délai de procédure qui ne devrait que s'apparenter au délai préfix sans en prendre la nature (230).

B) La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire.

280. - La possession ne se justifie que dans la mesure où elle est protégée pour elle-même. De ce point de vue, elle constitue une entité dont il faut à la fois assurer l'autonomie et circonscrire le domaine. C'est à ce double but que s'attachent l'article 25 du Code de procédure civile et le § 863 du B. G. B., qui tous deux consacrent la fameuse règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire (231). Ces deux dispositions interdisent toute référence au fond du droit ; en contre partie, elles limitent la portée du débat au seul respect de l'état de fait. En réalité le premier aspect est le plus important : pour que les effets de la possession aient un sens, il ne faut pas qu'ils puissent être écartés par un débat sur le fond. Ainsi comprise, la règle du non-cumul est "la traduction dans le domaine procédural de la séparation de la possession et de la propriété, et par le fait même, de l'opposition du fait au droit" (232).

Fermement établie en droit allemand, cette règle a paru être remise en cause en droit français par l'article 16 du décret n° 58-1284 du 22 décembre 1959. Ce texte dispose que "le tribunal d'instance con-

---

(229) Civ. 3°, 2 décembre 1975, D. 1976, J, 243, note FRANCK.

(230) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 169 et n° 428.

(231) Article 25 du Code procédure civile : "Le possessoire et le pétitoire ne seront jamais cumulés". § 863 du B. G. B. "A l'encontre des actions déterminées par les § 861 et 862 on ne peut invoquer le droit qu'on aurait eu pour posséder ou pour accomplir l'acte qui est à l'origine du trouble ...".

(232) MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 243.

naît de toutes les exceptions ou moyens de défense qui ne soulèvent pas une question relevant de la compétence exclusive d'une autre juridiction, alors même qu'ils exigeraient l'interprétation d'un contrat. Toutefois, si l'exception ou le moyen de défense implique l'examen d'une question de nature immobilière pétitoire, le tribunal d'instance pourra se prononcer, mais à charge d'appel" (233). Cette dernière précision a fait naître quelques doutes. N'avait-on pas ainsi donné la possibilité au défendeur d'invoquer à titre d'exception son droit sur le bien ? C'est effectivement ce qu'ont pensé certaines juridictions (234). Pareille solution était pourtant fort contestable. En réalité elle reposait sur une interprétation erronée de l'article 16. Ce texte ne concerne pas les actions possessoires, mais vise uniquement les actions pétitoires dont l'article 7 du même décret attribue la compétence au tribunal d'instance. Ce fut dès 1958 l'opinion de certains tribunaux (235), opinion que confirma la Cour de cassation (236). Il ne fait plus de doute que l'article 16 du décret du 22 décembre 1958 doit être entendu comme ayant édicté une règle de compétence et non comme ayant abrogé l'article 25 du Code de procédure civile.

Cette difficulté résolue, il reste à mettre en oeuvre la règle du non-cumul. Or, si dans les deux droits la règle n'est guère controversée dans son principe, sa portée diffère très sensiblement de l'un à l'autre, aussi bien à l'égard des parties (1°) qu'à l'égard du juge (2°).

(233) Ce texte demeure intact après les différentes modifications du Code de procédure civile.

(234) Toulouse, 25 mai 1959, G.P. 1959, 2, 87 - Grenoble, 3 mai 1962, D. 1963, J, 170, note A. D.

(235) T. inst. GRASSE 23 mars 1960, G. P. 1960.2.35 ; Rev. trim. dr. civ. 1960, 501, obs. HEBRAUD - T. inst. Reims, 3 février 1960, D. 1960, J, 263, note J. N.

(236) Civ.1°, 29 juin 1964, D. 1964, J, 589 ; Rev. trim. dr. civ.1964, 784, obs.HEBRAUD ; Rev.trim.dr.civ. 1965, 152, obs. BREDIN.Cf. HEBRAUD "Justice 1959,les juridictions"D.1959,chr.151-NOIREL, "Une question posée par la réforme judiciaire:le principe du non-cumul du possessoire et du pétitoire subsiste-t-il ?". D. 1959, chr. 187.

1°) Signification de la prohibition à l'égard des parties.

281. - Le non-cumul du possessoire et du pétitoire suppose tout d'abord que ces deux questions ne soient pas menées en une seule et même action. C'est dire qu'elle s'adresse en premier lieu aux parties à l'action possessoire. Sous peine de voir la règle de l'article 25 du Code de procédure civile leur être opposée, elles doivent choisir l'une ou l'autre voie, mais non les deux. C'est pourquoi le Code de procédure civile accompagne la règle du non-cumul de deux précisions, l'une s'adressant au demandeur, l'autre au défendeur. Le demandeur, victime d'un trouble ou d'une dépossession , doit faire un choix. Rien ne l'oblige à agir au possessoire. Il peut, s'il le préfère, intenter immédiatement une action pétitoire. Mais ce faisant il tombe sous le coup de la déchéance prononcée par l'article 26 du Code de procédure civile : "le demandeur au pétitoire ne sera plus recevable à agir au possessoire". Le fondement d'une pareille disposition a été très discuté (237). On a commencé par y voir une application de la règle "electa una via non datur recursus ad alteram". En préférant la voie pétitoire, le demandeur se fermait la voie possessoire. Mais en fait l'application de la maxime "electa una via" est ici inadéquate. Elle suppose une alternative entre des actions qui ont un objet et un but identiques, ce qui n'est pas le cas si l'on compare les actions possessoires et les actions pétitoires (238). On a également prétendu, mais sans plus de succès, que l'action possessoire précédait logiquement l'action pétitoire, la première étant en quelque sorte un préalable nécessaire à la seconde (239). Mais l'explication la plus généralement retenue consiste à voir dans le choix de l'action pétitoire la volonté de la part du demandeur de renoncer à la protection possessoire (240).

---

(237) Sur toutes ces questions, cf. les développements très détaillés d'E. MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 157 et s.

(238) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 175.

(239) MICHELET, op. cit., p. 159.

(240) HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 31-SOLUS et PERROT, op. cit., n° 175-MICHELET, op. cit., p. 160.

Ainsi, toute action pétitoire prive à jamais son auteur de la protection possessoire. En pratique, c'est l'assignation au pétitoire qui entraîne la déchéance. Cependant on peut parfois hésiter sur le caractère d'une action. Nul doute que l'assignation en référé n'entraîne pas déchéance du possessoire : pour être qualifiée de pétitoire, l'action doit toucher le fond du droit, ce qui ne serait le cas que si elle avait été intentée à tort devant le juge des référés (241). Mais certaines situations peuvent être plus délicates. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle reproché à une Cour d'appel d'avoir déclaré irrecevable sur le fondement de l'article 26 du Code de procédure civile, une action formée au possessoire, au motif que le demandeur avait déjà saisi la juridiction administrative d'un recours pour infraction au Code de l'Urbanisme commise par le défendeur, alors que la cour n'avait pas précisé si devant cette juridiction le demandeur s'était prétendu titulaire d'un droit réel immobilier (242).Quant au désistement d'instance, seul celui qui serait accepté par le défendeur pourrait faire tomber la déchéance, Mais cette solution est discutée, car en réalité elle conduit à ne pas considérer l'article 26 du Code de procédure civile comme une règle d'ordre public (243).

Aux contraintes imposées au demandeur répondent les obligations misesà la charge du défendeur par l'article 27 du Code de procédure civile (244). Il lui est impossible de tenter de s'échapper du débat possessoire pour imposer une instance pétitoire.

(241) Cf. supra, n° 279 et note 229.

(242) Civ. 3°, 14 novembre 1968, Bull.civ.III,n° 458,p.349-Comp. 1 février 1881, D. P. 1881, 1, 413.

(243) MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 163.

(244) Article 27 du Code de procédure civile : "Le défendeur au possessoire ne pourra se pourvoir au pétitoire qu'après que l'instance sur le possessoire aura été terminée : il ne pourra, s'il a succombé, se pourvoir qu'après qu'il aura pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui. Si néanmoins la partie qui les a obtenuesétait en retard de les faire liquider, le juge du pétitoire pourra fixer, pour cette liquidation, un délai, après lequel l'action au pétitoire sera reçue".

Avec l'article 27 du Code de procédure civile, la boucle est bouclée : "liées juridiquement par le procès, les parties ne sont plus libres d'agir à leur guise et d'abandonner, en cours d'instance, le possessoire pour le pétitoire" (245).

Et la première manifestation de ce lien est l'obligation dans laquelle se trouve l'auteur du trouble d'attendre la fin de l'instance possessoire pour pouvoir se pourvoir au pétitoire (246). L'action pétitoire qui serait intentée au mépris de cette condition, ne pourrait faire l'objet d'une décision (247). Le tribunal serait dans l'obligation de surseoir à son jugement. Cette première disposition a pour but d'éviter l'exercice simultané d'une action possessoire et d'une action pétitoire, ce qui en définitive ruinerait l'intérêt de la première. Cette justification explique que généralement la prohibition de l'article 27 soit étendue au demandeur (248). En revanche, elle ne concerne que le défendeur à une action possessoire et non le défendeur à une action pétitoire. Ainsi, lorsque c'est l'auteur du trouble qui le premier forme une action pétitoire, la victime conserve la faculté de saisir le juge du possessoire : pareille saisine entraînera la suspension de l'action pétitoire (249).

La prohibition édictée par l'alinéa 1 de l'article 27 ne se limite pas au temps de l'instance. Elle est, aux termes de l'alinéa 2, maintenue tant que le défendeur qui a succombé n'a pas pleinement satisfait aux condamnations prononcées contre lui. On retrouve ainsi le souci de garantir une efficacité maximum au jugement pos-

---

(245) MICHELET, op. cit., p. 167.

(246) Alinéa 1 de l'article 27 du Code de procédure civile.

(247) HEBRAUD, op.cit.(n° 223, note 11), n° 36-Civ. 19 décembre 1859, D.P. 1860.1.37.

(248) SOLUS et PERROT, op.cit., n° 178-Comp.MICHELET, op.cit., p.180 et s.

(249) Req. 19 avril 1869, D.P. 1869.1.324-Bourges 2 décembre 1930, G.P. 1931.1.364 ; Rev.trim.dr.civ.1931, 437, n° 6, obs. SOLUS-Comp. SOLUS et PERROT, op.cit., n° 180 qui considèrent l'interdiction de l'article 27 du Code de procédure civile comme édictant une véritable fin de non recevoir.

sessoire. Cependant le danger aurait été de laisser l'exécution de ces condamnations à l'entière diligence du demandeur. Celui-ci, de par sa négligence, aurait pu repousser indéfiniment la possibilité pour le défendeur de saisir le juge pétitoire. L'alinéa 3 de l'article 27 du Code de procédure civile se justifie pleinement, qui autorise le juge du pétitoire, saisi par le défendeur, à fixer un délai pour la liquidation des condamnations, délai au-delà duquel l'action pétitoire sera recevable.

Ainsi, en définitive, grâce au mécanisme des articles 26 et 27 du Code de procédure civile, le demandeur et le défendeur se trouvent étroitement liés au cadre choisi pour trancher leur litige. Et si de telles dispositions paraissent rigides, il faut bien reconnaître que seule cette rigidité sauvegarde l'efficacité et l'indépendance de la protection possessoire.

282. - A première vue, le B. G. B. ayant repris à son compte la règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire, ses solutions devraient être fort proches de celles du droit français. En réalité, il n'en est rien. On ne peut certes pas nier, face à l'affirmation du § 863, l'existence de la règle du non-cumul (250). Mais elle a été comprise d'une manière bien particulière.

Le premier sujet d'étonnement est l'absence d'une disposition comparable à celle de l'article 26 du Code de procédure civile. Aucune déchéance ne frappe celui qui intente une action pétitoire. Bien plus, rien n'empêche la victime d'un trouble ou d'une dépossession d'intenter en même temps une action possessoire et une action pétitoire. L'on sait que ce peut être également le cas en droit français, mais qu'alors le juge pétitoire doit surseoir à statuer (251). Au contraire, en droit allemand, les deux actions peuvent semener parallèlement. La possibilité d'un tel cumul, si elle peut se déduire de l'absence de toutes dispositions légales en sens contraire, mérite cependant d'être justifiée. L'ancien § 260 du Z. P. O. l'interdisait, mais il fut modifié par la loi du 17 mai 1889 (252). Dans

---

(250) § 863, cf. supra, n° 280, note 231.

(251) Cf. supra, n° 280.

(252) Cf. SCHNEIDER, "Fragen des Besitzschutzes", J. R. 1961, 367.

le premier avant-projet du B. G. B., le § 823 alinéa 1 indiquait expressément que l'exercice d'une action possessoire n'empêchait pas celui d'une action pétitoire. Lors de la rédaction du 2e projet, l'on estima que cette règle allait de soi et la disposition disparut du B. G. B. (253). Il faut donc admettre que le droit allemand connaît ainsi un aménagement important de la règle du non-cumul.

Le sort favorable réservé au demandeur trouve un écho dans la situation faite au défendeur par les §§863 et 864 alinéa 2 (254). Somme toute, il est le seul à être directement concerné par la règle du non-cumul. A s'en tenir à la lettre du § 863, le défendeur ne peut opposer à la victime du trouble ou de la dépossession des moyens de défense tirés du pétitoire. Aucun droit sur le bien ne saurait justifier l'accomplissement d'une voie de fait illicite (255). Et sur ce point les arguments avancés par la doctrine allemande rejoignent les thèses françaises (256). Mais le § 863 tient compte des particularités tenant aux conceptions retenues par le B. G. B. pour définir le trouble possessoire (257). Il doit s'agir avant tout d'une voie de fait illicite. Il a donc fallu offrir au défendeur la possibilité de prouver que son acte ne réunit pas les conditions d'une voie de fait illicite. Ainsi aucun droit à la possession ne peut être invoqué

---

(253) Cf. HAGEN, "Besitzschutzklage und petitorische Widerklage - eine Fehlkonstruction", JuS. 1972, 124.

(254) § 864 alinéa 2 : "Elle (l'action possessoire) s'éteint également lorsque postérieurement à la voie de fait illicite, il est établi par un jugement ayant acquis force chose jugée que l'auteur de celle-ci avait sur la chose un droit lui permettant d'exiger une possession conforme à sa manière d'agir".

(255) R. G. 16 octobre 1923,R.G.Z. 107, 258 (259).

(256) STAUDINGER, op. cit., § 863, 1 - PALANDT, op. cit., § 863, n° 1 - SOERGEL, op. cit., § 863, n° 1.

(257) Cf. supra, n° 238.

par le défendeur "si ce n'est pour démontrer que la dépossession ou le trouble ne constitue pas une voie de fait illicite" (§ 863 du B.G.B.). Cependant cette disposition ne nous semble pas devoir être interprétée comme une exception à la règle du non-cumul. Ce que permet le § 863 est pleinement justifié au regard de l'ensemble du mécanisme de la protection possessoire. Le défendeur doit pouvoir démontrer que les conditions d'une telle protection ne sont pas remplies, parce que précisément le caractère illicite de la voie de fait n'est pas établi. Et il le fera en invoquant, soit le consentement de la victime, soit l'autorisation de la loi, soit encore le défaut de possession de la victime au moment du trouble (258). Autrement dit, ce n'est pas tant à un droit sur le bien que se référera le défendeur, qu'à un droit à accomplir l'acte qui est à l'origine du trouble ou de la dépossession. De ce point de vue la rédaction du § 863 du B. G. B. nous paraît défectueuse, dans la mesure où elle semble consacrer une exception à la règle du non-cumul. En réalité, en France comme en Allemagne, le défendeur a la possibilité de contester la nature des actes qui lui sont reprochés.

Mais dépassant les termes du § 863, la doctrine s'est demandée s'il ne fallait pas autoriser le défendeur à intenter une demande reconventionnelle pétitoire. De prime abord, une telle possibilité viderait de son sens la règle du non-cumul (259). Pourtant, à l'heure actuelle, c'est cette thèse qui a fini par triompher au moins en jurisprudence, même si elle demeure très discutée en doctrine. En fait si cette évolution a été possible, c'est que la discussion ne s'est jamais placée sur le terrain de la règle du non-cumul, mais uniquement sur celui de la procédure. La doctrine classique se fondait sur la nécessité d'un lien entre la demande principale et la demande reconventionnelle. A son avis, cette règle n'aurait pas été respectée si l'on avait permis au défendeur de répondre à une action possessoire, par une action pétitoire. En réalité, le § 33 du Z. P. O. ne concerne que la demande reconventionnelle qui ne serait pas liée à la demande initiale par un lien de connexité. Or un tel lien existe toujours en-

---

(258) STAUDINGER, op. cit., § 863, n° 3.

(259) WOLFF-RAISER, op. cit., § 19,4 - R.G.R. - Komm., op.cit.,§ 863,4.

tre une action possessoire et une action pétitoire (260). D'autres arguments militent en faveur de l'admission d'une demande reconventionnelle pétitoire. Les deux actions demeurent indépendantes ; de la sorte, la règle du non-cumul conserve un intérêt. La doctrine souligne que le juge saisi d'une pareille demande peut toujours statuer sur la seule demande possessoire, soit en la dissociant de la demande reconventionnelle, soit en rendant un jugement partiel ("Teilurteil" du § 301 du Z. P. O.) (261). Enfin, la Cour fédérale de Justice a consacré ce point de vue dans un arrêt du 23 janvier 1970 (262). Sans conteste, il y a là une sérieuse brèche dans le système du non-cumul.

283. - Cependant, même si au regard du droit français, cette solution paraît mettre en pièces la règle du non-cumul, force est de reconnaître qu'elle s'insère parfaitement dans l'ensemble des dispositions du B. G.B. . D'une part, elle confirme la possibilité qu'ont les deux parties en litige de mener des actions parallèles et concommittantes, chacune d'elles étant parfaitement indépendante l'une de l'autre. D'autre part, et surtout, une telle solution s'impose à partir du moment où l'on rapproche le § 863 de l'alinéa 2 du § 864 (263). Ce dernier refuse l'action possessoire, lorsque le défendeur a réussi à faire établir en justice un droit préférable à celui du demandeur.

Nul doute que le § 864 alinéa 2 ne traduise un recul certain de la règle du non-cumul. Les aménagements examinés jusqu'à présent dans le cadre du § 863 n'allaient pas jusqu'à remettre en cause le principe même du non-cumul. La question mérite d'être posée à propos du §

---

(260) STAUDINGER, op. cit., § 863,4.

(261) STAUDINGER, op. cit., § 863, n° 4-PALANDT, op. cit., § 863, n° 2 - HEDEMANN, op. cit., § 8, IV.

(262) B. G. H. Z. 53, 166-L.M. § 863, n° 1, note HILL. Cf. à propos de cette décision HAGEN précité, n° 282, note 253 ; à ses yeux le § 863 n'a pour but que d'empêcher le défendeur d'user des moyens de défense issus du pétitoire, mais non de lui interdire de faire établir son droit en justice.

(263) Cf. supra, n° 282, note 254 et n° 280 note 231.

864 alinéa 2. Peut-on dire qu'il "mutile atrocement la règle du non-cumul et qu'il en fait perdre tout le bénéfice" (264) ? Il convient, semble-t-il, d'apporter à cette question une réponse nuancée : la doctrine allemande ne perçoit pas cette disposition comme remettant en cause l'essentiel de la règle du non-cumul. Cette attitude s'explique peut-être par les modalités de mise en oeuvre du § 864 alinéa 2 qui rendent son application relativement rare.

Pour s'opposer victorieusement à l'action possessoire, le défendeur doit pouvoir invoquer à son profit un jugement. Il faut que celui-ci reconnaisse à l'auteur de la voie de fait un droit justifiant le résultat ainsi acquis. On peut hésiter sur la nature de ce droit. Nul doute que les droits réels entrent dans les prévisions du § 864 alinéa 2. Certains auteurs suggèrent d'y assimiler les droits personnels, pour peu qu'ils aient été reconnus par jugement (265). D'autres se montrent beaucoup plus audacieux : raisonnant par analogie, ils assimilent aux droits reconnus par jugement, ceux qui sont simplement issus d'un contrat. C'est là l'opinion de la majorité des auteurs : à leurs yeux, l'absence de toute référence, dans le § 864 alinéa 2, aux droits reconnus dans un contrat résulte d'une inadvertance du législateur (266). Il faut reconnaître qu'en pratique le défendeur pourra très rarement se prévaloir d'un contrat. En pareille circonstance, le demandeur ne manquerait pas d'en contester la portée, de telle sorte qu'en définitive l'affaire finirait par être soumise au juge et l'on retomberait ainsi dans les prévisions du § 864 alinéa 2.

Le jugement exigé par ce texte doit normalement intervenir postérieurement à la voie de fait illicite. On a cependant soutenu qu'il pouvait en être autrement. Le jugement consacre en effet un droit existant au jour de la voie de fait ; on en a conclu qu'il pouvait être antérieur et qu'il effacerait ainsi par avance le caractère illi-

(264) MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 12, à propos de l'article 927 du Code civil suisse qui contient une disposition identique.

(265) LENT, op. cit., § 11, IV.

(266) STAUDINGER, op. cit., § 864, n° 2.

cite des agissements du défendeur (267). Pour se défendre, la victime du trouble ou de la dépossession n'aurait alors que le recours légitime à la force du § 859 (268). Semblable interprétation n'est pas, nous semble-t-il, conforme à l'esprit du § 864 alinéa 2. Admettre que le jugement puisse être antérieur à la voie de fait, surtout si l'on y assimile les droits issus d'un contrat, n'est-ce pas admettre qu'il ne saurait y avoir de protection possessoire chaque fois que l'auteur du trouble a un droit sur la chose ? Ce serait réduire à néant toute la protection possessoire. En outre cela reviendrait à permettre à un simple particulier de procéder à l'exécution forcée d'un jugement, à supposer qu'il y ait eu litige entre les mêmes parties. Il ne faut pas oublier que le § 864 alinéa 2 ne s'explique que parce que les actions possessoires et pétitoires peuvent être menées de front ; il aurait été illogique de faire triompher au possessoire celui qui vient de perdre au pétitoire. Ainsi, il ne saurait être question que d'un jugement postérieur à la voie de fait (269).

Ce jugement doit être devenu définitif. La solution contraire se révèlerait pleine d'incertitude et il n'y aurait plus aucune raison de ne pas préférer le terrain possessoire. Pourtant une certaine partie de la doctrine se montre favorable à une interprétation large, qui permettrait de faire jouer le § 864 alinéa 2 en présence d'un titre exécutoire simplement provisoire ou d'une décision en référé (270). Mais la majorité des auteurs s'en tient à la lettre du texte (271). Toutefois, il n'est pas toujours possible de ne pas tenir compte de certaines décisions et notamment des décisions en référé. Si, à l'évidence, elles ne peuvent être assimilées à une décision définitive, tant qu'elles ne sont pas contestées ou remises en cause elles empêchent celui qui en

---

(267) R. G. 16 octobre 1923, précité, note 255.

(268) Cf. supra, n° 246.

(269) STAUDINGER, op. cit., § 864, n° 2-LENT, op.cit., § 11, IV.

(270) Cf. HAGEN, précité, n° 282, note 253-FURTNER "Anwendbarkeit des § 864 abs. 2 B.G.B. bei Vollstreckungsschutz" N.J.W. 1955, 698.

(271) STAUDINGER, op. cit., § 864, n° 2, e-R.G.R.-Komm, op.cit., § 864, n°3.

bénéficie d'être condamné à restituer la possession (272).

De ce qui précède, il apparaît clairement que la portée de la règle du non-cumul est relativement restreinte en droit allemand. Elle n'a pour effet que d'interdire au défendeur de recourir, dans le cadre d'une action possessoire, aux règles du pétitoire. En revanche, elle ne s'oppose pas à ce que soit menée parallèlement une action pétitoire.

2°) Signification de la prohibition à l'égard du juge.

284. - En droit français le juge est directement concerné par la règle du non-cumul. Les parties devant se limiter au seul possessoire, il ne peut de son côté sortir du cadre qu'elles ont ainsi choisi. Dans ce domaine sa mission est particulièrement délicate et les difficultés ne manquent pas. Elles sont essentiellement d'ordre juridique. Tout d'abord, le juge ne trouve dans la loi aucune indication propre à le guider. Ensuite, et surtout, tout débat possessoire nécessite que soit caractérisée la possession du demandeur. A cette fin, le juge peut être conduit à examiner les titres en présence, mais il devra veiller à le faire uniquement du point de vue possessoire. A l'évidence l'application de ces principes soulève de très fréquentes difficultés. Celles-ci engendreront un cumul, chaque fois que le juge, tout en statuant au possessoire, se fondera sur un motif tiré du pétitoire (273). Mais un autre écueil guette notre juge : il doit se garder de statuer au pétitoire en reconnaissant, par exemple, un droit à l'une des parties (274). Ainsi l'obligation du juge est-elle double, s'il veut éviter de voir sa décision censurée pour cumul du possessoire et du pétitoire.

285. - Lorsque le juge est saisi d'une action possessoire, sa première tâche est de vérifier la qualité du demandeur. Autrement dit, il convient d'établir le caractère utile de la possession. Du moins telle était sa mission avant 1975. A partir du moment où la pro-

(272) O. L. G. KIEL 25 février 1932, J.W. 1932, 3640.

(273) "Cumul référentiel"selon l'expression d'E.MICHELET,op.cit.(n° 233, note 34), p. 76.

(274) "Cumul par anticipation";MICHELET, op. cit. ; loc. cit.

tection possessoire est accordée au détenteur, sa tâche est considérablement simplifiée. Il reste que pour caractériser la possession ou la détention, il doit écarter tous les éléments tirés du fond du droit (275).

Avant la loi du 9 juillet 1975, les difficultés ne commençaient vraiment qu'avec l'examen des titres. Une certitude : la règle du non-cumul n'interdit pas au juge du possessoire de consulter les titres invoqués par les parties. Ce point est indiscuté, tant en doctrine qu'en jurisprudence et l'on peut simplement s'étonner qu'il faille le rappeler aussi fréquemment (276). En revanche, les titres ne doivent servir qu'à "éclairer et colorer la possession" (277). Et c'est évidemment dans cette restriction que se situait toute la difficulté et qu'elle continue à se situer. Sur ce point la loi du 9 juillet 1975 n'apporte que peu de modifications. Outre que la qualité du demandeur n'est pas indifférente, il ne faut pas oublier que l'examen des titres ne consistait pas à découvrir la preuve matérielle de la possession, mais à caractériser une possession déjà établie. En pratique, cet examen s'imposait le plus souvent en matière d'enclave. A la lumière de la nouvelle loi, il semble que cela doive continuer à être le cas. Elle est venue protéger la détention, mais non les actes de simple tolérance. Or celui qui entend exercer un droit de passage est présumé le faire à titre de simple tolérance de la part du propriétaire du fonds sauf à prouver l'existence d'un titre, c'est-à-dire le

---

(275) Civ. 7 mars 1898, D.P. 1898,1,191 ; Civ. 2°, 21 mars 1963, Bull. civ. II, n° 271, p. 199.

(276) Cf. décisions citées à la note 279 ainsi que : Req. 26 octobre 1896, D.P. 1897.1.245-Req. 17 janvier 1898,D.P.1898.1.447-Civ.3°, 8 avril 1970, Bull.civ. III,n° 223, p.165-Civ. 3°, 22 mai 1970, Bull. civ. III, n° 349, p.254-Civ. 3°, 26 octobre 1971, Bull. civ. III, n° 507, p. 362-Civ.3°, 4 janvier 1973, Bull.civ.III, n° 2, p. 1-Civ. 3°, 6 novembre 1974, Bull.civ.III,n° 403,p. 308.

(277) HÉBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 44.

plus souvent l'état d'enclave (278). Même après la réforme de la protection possessoire, il est nécessaire de faire tomber cette présomption de tolérance. Les nombreuses décisions jurisprudentielles affirmant que l'examen des titres en vue de caractériser l'état d'enclave ne constitue pas une violation de l'article 25 du Code de procédure civile, gardent donc tout leur intérêt (279).

Aujourd'hui comme par le passé, le juge doit faire preuve de perspicacité:en statuant au possessoire, il ne peut se référer au fond du droit. A fortiori, il ne peut complètement déborder du cadre possessoire et statuer en fait au pétitoire. C'est là la deuxième conséquence de l'obligation de non-cumul qui pèse sur lui. Il n'a pas, en quelque sorte, la possibilité d'anticiper sur les fonctions du juge du pétitoire. Lorsqu'il le fait, c'est en général en reconnaissant un droit à l'une des parties. Pareille attitude est bien évidemment en totale contradiction avec l'article 25 du Code de procédure civile et n'échappe pas à la censure de la Cour de cassation. Ainsi il y a cumul, lorsque le juge déboute le demandeur au possessoire en retenant que le défendeur avait pu pratiquer une ouverture en vertu d'un droit acquis par usucapion (28o), ou lorqu'il admet un droit de passage en se fondant sur le droit de propriété de celui qui l'exerce (281).

---

(278) Cf. supra, n° 252.

(279) V. parexemple : Civ. 3°, 18 février 1971, Bull.civ.III,n° 120, P. 86-Civ.3°, 23 juin 1971, Bull.civ.III,n° 396, P. 281-Civ. 3°, 30 juin 1971,Bull. civ. III, n° 419, p. 298-Civ.3°, 6 janvier 1972, Bull.civ.III,n° 5, p. 3-Civ. 3°, 27 juin 1972, Bull. civ.III, n° 421, p. 306-Civ. 3°, 3 octobre 1973, Bull.civ.III, n° 504, p. 368-Civ. 3°, 11 décembre 1973, Bull. civ. III, n°618, p. 449-Civ. 3°, 15 mai 1974, Bull.civ.III,n° 203, p. 153.

(280) Civ. 3°, 7 novembre 1972, Bull.civ.III, n° 577, p. 425.

(281) Civ. 3°, 20 novembre 1973, Bull.civ.III,n° 587,p.426-V. également : Civ. 1°, 1 juin 1960, Bull.civ.I, n° 304, p. 251 où le juge avait fait dépendre le sort de l'action possessoire du jugement à venir au pétitoire-Civ.1°, 24 février 1965, J.C.P.1965, II,14 204, note H.G.-Civ.3°,5 novembre 1970, Bull.civ.III,n° 567, p. 413.

La mission du juge s'avère donc délicate à plus d'un titre, mais elle est essentielle au respect et à l'efficacité de la règle du non-cumul. En définitive, il doit veiller à ce que sa décision ne rende pas impossible ou inutile le débat pétitoire. En tout état de cause, ce dernier doit rester ouvert aux parties, la protection possessoire ne pouvant être que provisoire (282).

286. - En droit allemand, la situation du juge possessoire est profondément originale, du moins pour un observateur français, car pour la doctrine allemande elle ne suscite aucune curiosité particulière. C'est que cette situation ne fait que refléter le particularisme des concepts qui gouvernent le B. G. B. . L'on sait que le § 863 s'adresse uniquement au défendeur : c'est à lui que sont refusés les moyens de défense tirés du fond du droit. Quant au juge, son pouvoir est fonction de la nature des actions dont il est saisi. Certes, dans une action possessoire, il ne peut de son propre chef se référer à des motifs tirés du fond du droit. Mais s'il ne le peut pas, ce n'est pas en vertu du principe du non-cumul, mais parce qu'il est lié par le cadre choisi par les parties. De toute manière, la possession étant totalement indépendante du fond du droit et la protection possessoire supposant une simple "Gewalt", un examen des titres tel que le connaît le droit français est inconcevable. Ce n'est pas à dire que le rôle du juge doive être tenu pour négligeable. A partir du moment où l'action possessoire et l'action pétitoire peuvent être cumulées (283), c'est à lui qu'il appartient de les séparer et de choisir de se prononcer sur l'une plutôt que sur l'autre. Ainsi, malgré l'introduction d'une demande reconventionnelle pétitoire, il peut rendre un jugement partiel au possessoire (284). Mais il lui est également possible de ne pas trancher le possessoire et d'attendre le jugement pétitoire (285). Dans cette dernière hypothèse, il est clair que la règle du non-cumul est réduite à sa plus simple expression. Le juge allemand n'est donc pas concerné par la règle du non-cumul, ou plus exactement il ne peut l'ê-

(282) Cf. infra, n° 295.

(283) Cf. supra, n° 283.

(284) § 301 du Z. P. O. ; cf. supra, n° 282.

(285) § 148 du Z. P. O.

tre, compte tenu de la manière particulière dont cette règle a été entendue par le B. G. B.

287. - Ainsi, au regard du droit français, la règle du non-cumul, telle qu'elle résulte des §§863 et 864 alinéa 2, a une portée fort restreinte. Sans aucun doute, le pétitoire peut dans le cadre du B. G. B. sérieusement infléchir les règles du possessoire. Mais devant la complexité du système français, l'on est en droit de se demander dans quelle mesure il répond encore aux conditions de rapidité et d'efficacité qui devraient être celles de toute protection possessoire. Le système présent repose sur l'idée que dans la très grande majorité des cas l'instance possessoire n'est pas suivie d'un débat au possessoire. Mais on ne peut nier l'importance du contentieux propre à certains aspects particulièrement délicats de la règle du non-cumul. Aussi peut-on se demander avec M. Carbonnier s'il ne conviendrait pas de lier le possessoire et le pétitoire à un certain stade de la procédure en permettant au défendeur, comme en droit allemand, de former une demande reconventionnelle pétitoire au moins en cas d'appel (286). Certes, on peut craindre que "s'il était possible de répondre à une complainte ou à une réintégrande par des arguments tirés de l'existence d'un droit de propriété ou de servitude au profit de l'auteur du trouble, la possession cesserait d'être défendue pour elle-même" (287). En fait, l'exemple du B. G. B. montre qu'un aménagement de la règle du non-cumul laisse une part suffisamment importante à la protection de la possession.

C) Protection possessoire et action en référé.

288. - Les intérêts qui militent en faveur d'un rapprochement entre les actions possessoires et la procédure de référé sont multiples (288). Que le demandeur agisse au possessoire ou en référé,

---

(286) CARBONNIER, op. cit., n° 67, p. 240.

(287) MOREL, op. cit., n° 69, p. 73.

(288) Ce point constitue l'un des aspects les plus importants de l'ouvrage d'E. MICHELET, op.cit.(n° 233, note 34), p. 203 et s. Cf. également HEBRAUD,Rev.trim.dr.civ.1952,101à l'occasion d'une décision du T. civ. Toulouse, 24 octobre 1951, D. 1951, J, 83.

le but poursuivi est la cessation du trouble et le maintien des choses en l'état. Et dans les deux cas, le juge appelé à statuer est guidé par les mêmes préoccupations. En matière possessoire, il fait crédit à l'apparence sans se soucier de la réalité du droit sous-jacent; dans le cadre du référé, il s'attache à la protection provisoire et rapide de tous les droits sans disposer du fond du droit. De même les deux procédures poursuivent un but conservatoire : l'action possessoire tend à maintenir le statu quo, le référé répond à la notion d'urgence. Enfin, les deux actions débouchent sur une décision provisoire, même s'il arrive que toutes deux ne soient pas suivies par un débat au fond.

Toutes ces raisons ont fait qu'il a pu paraître intéressant de se demander dans quelle mesure "ces deux procédures ne pouvaient pas être fusionnées pour donner naissance à une nouvelle action , le "référé possessoire", qui serait une extension de la procédure de référé aux actions possessoires, c'est-à-dire dont la matière serait possessoire, mais dont le but resterait conservatoire" (289).

Pareille démarche demande à être précisée. En cas de trouble ou de dépossession, il ne fait aucun doute, ni en droit français, ni en droit allemand, que la victime peut demander au juge des référés d'intervenir dans le cadre d'une procédure préalable à une action pétitoire. Mais cette victime peut-elle également saisir le juge des référés, lorsqu'elle choisit la voie possessoire ? De prime abord la question peut paraître curieuse : en intentant une action possessoire, ne choisit-on pas déjà un mode de protection préalable et rapide qui, pour le pétitoire, est l'équivalent d'un référé ?

En droit allemand une telle question n'a jamais été posée. Sans doute faut-il trouver l'explication de ce désintérêt dans le déclin des actions possessoires, déclin qui d'ailleurs doit beaucoup

---

(289) MICHELET, ibidem, p. 222.

à l'extension du référé (290). Mais en droit français, l'on constate, d'une part, une constante progression du référé qu'explique sa rapidité, son absence de formalisme et son moindre coût ; d'autre part, et en comparaison, les actions possessoires paraissent répondre moins efficacement à leur destination première. L'intérêt d'un "référé possessoire" n'est donc pas négligeable. Il interviendrait dans le domaine des actions possessoires, comme il intervient dans les autres domaines, mais sans absorber la protection possessoire.

289. - Cependant de sérieux obstacles se dressaient sur la voie d'un tel référé. Avant que n'intervienne le nouveau Code de procédure civile, le juge d'instance ne pouvait statuer en référé. Le référé possessoire devait donc être porté devant le président du tribunal de grande instance. Or, pendant longtemps, une telle possibilité n'existait pas. En vertu de ce qu'il était convenu d'appeler le "principe de l'émanation", la compétence du juge des référés était liée à celle de sa juridiction. Autrement dit, s'agissant de la compétence d'attribution, le président du tribunal de grande instance, en tant que juge des référés, ne pouvait connaître que des matières relevant de sa juridiction : "le referé est une juridiction, mais dans la répartition générale des compétences c'est une juridiction qui se rattache au tribunal dont elle est issue" (291). Les actions possessoires relevant de la compétence exclusive du tribunal d'instance, elles ne pouvaient faire l'objet d'un référé devant le tribunal de grande instance. Cependant, l'obstacle de l'émanation a ici disparu, lorsqu'est intervenue la réforme opérée par le décret n° 71-740 du 9 novembre 1971. L'article 73 de ce texte précisait que "dans tous les cas d'urgence le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent pas à une contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend. Ce pouvoir s'étend à toutes les matières où n'existe pas de procédure particulière

(290) DUFFEK, "Einstweilige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht", N. J. W. 1966, 1345 - O. L. G. Stuttgart, 5 mars 1964, F. Z. X. n° 9848.

(291) MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 235.

de référé". Cette dernière précision forme aujourd'hui le corps du nouvel article 810 du Code de procédure civile.

Aujourd'hui, non seulement l'obstacle constitué par le principe de l'émanation a en ce domaine disparu, mais le juge d'instance est devenu juge des référés grâce aux articles 848 à 850 du nouveau Code de procédure civile. Toutes les actions possessoires peuvent désormais être précédées d'une décision en référé ce qui, du moins est-il raisonnable de l'espérer, ne manquera pas de redonner une certaine vigueur à la protection possessoire à moins que l'efficacité du référé soit telle que les actions possessoires perdent leur raison d'être. Cependant certains doutes subsistent. Le possesseur, désirant saisir le juge des référés, n'a-t-il pas le choix entre le président du T. G. I. et le juge d'instance ? La question peut paraître curieuse, mais après tout, celui qui veut mettre fin à une voie de fait peut ne pas savoir s'il va intenter par la suite une action possessoire ou une action pétitoire. Or, même après une décision rendue en référé par le président du tribunal de grande instance, la voie possessoire lui reste ouverte. Encore faut-il alors admettre que l'intervention de ce magistrat ne porte pas atteinte à la règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire.

290. - A cet égard, il a été effectivement soutenu qu'en pareille circonstance, il y aurait cumul du possessoire et du pétitoire, puisque ce même juge serait amené à connaître du pétitoire par la suite (292). Il est vrai que le nouvel article 808 du Code de procédure civile peut prêter à confusion dans la mesure ou l'on s'est demandé ce que signifiait l'abandon de toute référence à la prohibition classique du préjudice au principal (293). En réalité ce texte signifie simplement que deux circonstances motivent l'intervention du juge des référés.

(292) MICHELET, op. cit. (n° 233, note 34), p. 236.

(293) ROUSSE, "La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés - La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés", G. P. 1974, 2, doct., p. 837.

La première est celle où il y a absence de contestation sérieuse, c'est-à-dire "résistance manifestement injustifiée du défendeur aux prétentions de son adversaire qui autorise le juge des référés à prendre les dispositions qui s'imposent" (294). La seconde est celle où l'existence d'un différend nécessite précisément la voie du référé, "le juge ordonnant alors et sans trancher cette contestation, les mesures qui permettront d'attendre l'apaisement ou la solution du conflit" (295). Ainsi, en aucun cas, il n'a été question de modifier les solutions admises dans le passé (296).

Mais la question a rebondi avec les modifications apportées par le décret du 17 décembre 1973. Ce texte a complété très substantiellement l'article 73 du décret de 1971 en ajoutant que "le juge des référés peut toujours prescrire les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite". Aujourd'hui cette disposition figure au nouvel article 809 du Code de procédure civile.

Il y a là une évolution certaine, mais qui ne s'est peut-être pas faite dans un sens souhaitable. En autorisant le juge des référés à remettre les choses en l'état, la loi n'a fait qu'accentuer le parallélisme du référé et des actions possessoires. Mais surtout, au regard de ces dernières, et plus particulièrement du "référé possessoire", la portée d'une pareille disposition ne nous semble offrir qu'une simple alternative. Il peut tout d'abord se faire que devant l'accroissement des pouvoirs du juge des référés, les particuliers délaissent l'action possessoire, et s'en remettent au seul référé. A l'inverse, la victime d'un trouble peut être tentée plus qu'auparavant d'user du référé, préalablement à une action possessoire et dans ce cas l'on se heurterait à la règle du non-cumul (297). A notre avis les deux hypothèses sont contestables, la première conduisant à l'absorption

(294) NORMAND, Rev. trim. dr. civ. 1975, 144.
(295) NORMAND, ibidem.
(296) En ce sens : NORMAND, précité note 294, à propos des décisions suivantes : T. G. I. Lyon (réf.) 16 octobre 1973, D.1974, J, 389, note FOURGOUX ; J.C.P.1974, II, 17762, note COUCHEZ-Paris 8 février 1974, G.P.1974, 1, 430-T.G.I. Paris (réf.) 11 février 1974, G.P.1974.1.337-VINCENT, op.cit. p.301-PERROT, "La compétence du juge des référés", G.P. 1974, II, doct. 895-BERTIN, "Le petit Noël du procédurier", G.P. 1974, I, doct. 49.
(297) Cf. supra, n° 289.

par le référé des actions possessoires, la deuxième à nier une règle essentielle à l'efficacité de la protection possessoire.

Pour sortir de ce dilemne et éviter que la protection possessoire ne soit absorbée par le référé, il faut se demander si la règle du non-cumul constitue effectivement un obstacle à l'existence d'un "référé possessoire". On a cru pouvoir le soutenir en affirmant que le juge ne peut connaître du possessoire et du pétitoire non seulement simultanément, mais aussi successivement (298). C'est cette dernière précision qui nous paraît contestable, car elle résulte non d'une interprétation de la règle du non-cumul, mais d'une exégèse du seul mot "cumul".

Ainsi se réfère-t-on à l'autorité de Capitant affirmant que "le cumul d'action est la faculté d'exercer, à l'occasion d'un même fait juridique, plusieurs actions en justice, simultanément ou successivement" (299). Mais pour le juge il ne s'agit pas d'un cumul d'actions : il s'agit de ne pas confondre le possessoire et le pétitoire (300). Or il ne peut y avoir confusion de sa part qu'au sein d'une seule et même action, mais non si les débats possessoire et pétitoire se succèdent. La mise en oeuvre de la règle du non-cumul dans l'ancien droit vient conforter notre opinion. C'était alors les mêmes juges qui avaient compétence pour statuer au possessoire et au pétitoire. Il importait donc de leur interdire le cumul (301). Mais bien évidemment l'action pétitoire demeurait possible, une fois le débat possessoire épuisé. Dès lors c'était nécessairement les mêmes juges qui étaient appelés à statuer, sans pour autant que le non-cumul fut remis en cause. On peut, nous semble-t-il, reprendre ce raisonnement à propos du juge des référés. Il est effectivement compétent au pétitoire, mais cette compétence ne s'exercera éventuellement qu'une fois

---

(298) Cf.supra,n° 289-MICHELET,op.cit.(n° 233,note 34),p. 236 in fine.

(299) CAPITANT, Vocabulaire juridique,1930,p.167.Cf.MICHELET,ibidem, p. 73.

(300) C'est bien ce qu'admet MICHELET,op.cit.,(n° 233,note 34),p. 74, ainsi que CAPITANT, op.cit., p. 168.

(301) MOREL,op.cit.,n° 69-SOLUS et PERROT,op.cit.n° 170-MICHELET,op. cit. p. 49.

l'action possessoire, et toutes ses conséquences, définitivement liquidées. Ainsi il ne saurait y avoir en pareille occurrence d'atteinte à la règle du non-cumul et la voie d'un "référé possessoire" nous paraît ouverte (302), concurremment à celle offerte devant le juge d'instance.

291. - Si l'on excepte les développements concernant l'instauration d'un éventuel "référé possessoire"en droit français, seule la règle du non-cumul offre d'intéressants rapprochements entre les deux droits. Bien qu'étant énoncée sous forme de pétition de principe aussi bien dans le Code civil que dans le B. G. B., elle a pris un tour bien particulier en droit allemand. Elle ne s'oppose, ni à ce que le possessoire et le pétitoire se déroulent simultanément, ni à ce qu'une demande reconventionnelle pétitoire soit formée par l'auteur de la voie de fait. S'il y a ainsi une incontestable brèche dans la règle du non-cumul, l'on peut cependant la justifier. La possession doit certes être protégée pour elle-même, mais cette protection trouve sa limite naturelle dans le droit qui entre-temps a été reconnu à l'auteur de la voie de fait. Du point de vue allemand, il n'y a là rien d'autre qu'une simplification d'ordre procédural : si on laisse le débat possessoire inachevé, c'est qu'on a la certitude qu'il sera -en fait qu'il a déjà été- remis en cause au pétitoire. En droit français, pareille remise en cause n'est possible qu'une fois l'action pos-

---

(302) Comp. PERROT, op. cit. (n° 290, note 296), n° 26 qui prend pour exemple le licenciement d'un salarié fait au mépris de la législation du travail. A ses yeux, aucun doute n'est plus possible : "le juge des référés peut ordonner la réintégration d'un tel salarié à condition que son licenciement ait été manifestement illicite". M. PERROT poursuit en se demandant si "la faculté d'ordonner "la remise en l'état" ne procède pas de la même philosophie que les actions possessoires" et il termine en affirmant : "ce n'est pas la première fois que le juge des référés est appelé à jouer le rôle d'un juge possessoire ; ce possessoire qui était traditionnellement limité à la matière immobilière et qui aujourd'hui, par le truchement du juge des référés, s'étend aux droits personnels".

sessoire achevée. Mais peut-être serait-il souhaitable de transposer les solutions allemandes : il n'y aurait ainsi qu'un seul débat, le possessoire précédant le pétitoire. La procédure y gagnerait en rapidité, ce qui rendrait le recours au référé moins tentant. Force est cependant de reconnaître que sur ce point l'exemple allemand n'est pas tout à fait probant, lui qui a tendance à abandonner les actions possessoires au profit du référé.

§ 4 : La nature juridique des actions possessoires.

292. - Les divergences constatées à propos de la procédure des actions possessoires n'empêchent pas les deux législations de se retrouver lorsqu'il s'agit de les qualifier juridiquement. Deux traits sont essentiels à leur définition : ce sont des actions réelles (A), et elles n'ont qu'un caractère provisoire (B).

A) Caractère réel des actions possessoires.

293. - Malgré une sérieuse controverse, actualisée par la loi du 9 juillet 1975, il ne fait aucun doute en droit français que les actions possessoires sont des actions réelles. Certes, la possession est un pur fait, mais c'est un fait juridique (303). Or elle est précisément protégée dans ses conséquences. Celles-ci seules peuvent donc donner aux actions possessoires une certaine coloration juridique. "La possession est, en elle-même, un fait et ne prend un caractère juridique que par les effets qui y sont attachés. L'action suscite le droit et n'en est pas l'exercice" (304). L'on sait combien sont étroits les liens qui unissent la possession française aux droits réels (305). Dès lors si les actions possessoires sont classées parmi les actions réelles, c'est "en considération du genre de relations juridiques à l'occasion desquelles elles interviennent" (306). Ce sont des actions réelles parce qu'elles protègent en définitive le droit réel dont la possession n'est que l'apparence.

---

(303) Cf. supra, nº 72 et s.

(304) HEBRAUD, op. cit. (nº 223, note 11), nº 23.

(305) Cf. supra, nº 12 et s.

(306) HEBRAUD, op. cit. ; loc. cit.

Cette analyse a suscité de sérieuses réserves lorsqu'il s'est agi de l'appliquer à la réintégrande. Celle-ci étant primitivement la seule action possessoire offerte au détenteur, plusieurs de ses éléments ont pu faire douter de son caractère d'action réelle. Lorsque la victime de la dépossession est un détenteur et qu'il se défend au moyen de la réintégrande, l'on ne peut certainement pas affirmer qu'il défend ainsi un droit réel sous-jacent. D'un autre côté, on souligne que cette action présente un caractère personnel, puisqu'elle ne peut être dirigée que contre l'auteur de la dépossession et non contre tout détenteur du fonds d'où provient le trouble. Mais l'on sait que cette affirmation est discutable (307). Enfin, le propre de la réintégrande est d'échapper à toutes les conditions normalement exigées de la part de la possession. En fonction de tous ces éléments, certains n'ont pas hésité à nier le caractère d'action possessoire de la réintégrande (308). Mais ils étaient loin de s'accorder sur la qualification qu'il convenait alors de lui attribuer. Certains l'envisageaient sous l'angle d'une action personnelle (309). D'autres préféraient parler d'action possessoire au sens large du terme (310). La jurisprudence, quant à elle, semblait préférer la qualifier d'action personnelle, notamment lorsqu'elle l'accordait au preneur contre son bailleur (311).

Pourtant, malgré la profonde originalité de ses traits, la réintégrande a fini par être considérée comme une véritable action possessoire. Au fond, du point de vue de sa nature juridique, rien ne doit la distinguer des autres actions. Nous venons de constater que celles-ci ne se voient reconnaître une nature réelle que parce qu'elles interviennent dans un certain cadre. Il en va de la réintégrande comme de toutes les actions possessoires ; son caractère ne se justifie pas par la nature du droit mis en oeuvre, mais par le genre de

---

(307) Cf. supra, n° 278.

(308) Cf. HEBRAUD, op. cit. (n° 223, note 11), n° 153.

(309) RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2804.

(310) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 206.

(311) T. civ. Rouen 17 juillet 1928, précité, n° 267, note 173 - T. civ. Aurillac 2 novembre 1949, précité, n° 267, note 173.

relations dans lesquelles elle intervient (312). Ainsi se trouve établie sa nature d'action réelle immobilière. Il est vrai que, par son esprit, elle est incontestablement une action possessoire. Et peut-être que les arguments qui en faisaient douter, sont ceux là même qui en réalité témoignent en sa faveur. Somme toute, en accordant la réintégrande au détenteur, la jurisprudence ne faisait que tempérer l'étroitesse de la conception classique de la possession et accentuait ainsi son caractère réel et possessoire (313).

Aujourd'hui, alors que l'ensemble des actions possessoires est accordé au détenteur (314), il paraît possible d'étendre les solutions qui prévalaient à propos de la réintégrande. Ces solutions se trouvent d'ailleurs implicitement confirmées par la loi du 9 juillet 1975. Il n'est plus possible de défendre le caractère personnel de la réintégrande en invoquant le fait qu'elle peut être invoquée par un détenteur. Pareille opinion conduirait à attribuer aux actions possessoires une nature différente selon qu'elles seraient intentées par un possesseur ou par un détenteur. Il est ainsi démontré que seule importe la situation juridique dans laquelle les actions possessoires interviennent, et cette situation est identique pour toutes les trois.

294. - En droit allemand, le débat est plus confus. Il paraît difficile de ranger les actions possessoires dans la catégorie des actions réelles, les conceptions allemandes rejetant tout lien entre la possession et les droits réels. La protection possessoire du B. G. B. a pour objet la "Gewalt", et non un droit quelconque. La difficulté cependant est une difficulté d'ordre terminologique. Le droit allemand a coutume de désigner les actions possessoires par le terme d'"Anspruch". Ce mot n'a pas d'équivalent en droit français (315). Et en droit allemand, son sens diffère selon qu'il est un terme de droit

(312) HEBRAUD, op. cit., (n° 223, note 11), n° 158.

(313) HEBRAUD, ibidem, n° 159-SOLUS et PERROT, op.cit., n° 211-Cf. LECOURT, Nature juridique de l'action en réintégrande, Th.Caen, 1931.

(314) Cf. supra, n° 271 et s.

(315) Cf. ZAJTAY, Rev.inter.dr.comp.1973, p. 978, à propos de l'ouvrage de SCHWERDTNER, cité infra, note 318.

matériel ou de procédure civile. En droit civil, l'"Anspruch", défini par le § 194 alinéa 1 du B. G. B., est le droit d'exiger de quelqu'un, soit une prestation, soit une abstention. Ainsi comprise, il est en réalité synonyme de droit de créance (316). Au contraire, employé en procédure civile, l'"Anspruch" désigne simplement la demande en justice qui éventuellement sanctionnera le droit de créance. ("Klagebegehren") (317). Seule nous intéresse ici la définition du § 194 alinéa 1 du B. G. B., mais elle est insuffisante à nous éclairer sur la nature juridique de l'"Anspruch". En fait les choses sont relativement simples : la qualification juridique de l'"Anspruch" est fonction du droit sur lequel elle porte ou de la matière qu'elle concerne. Or le propre du droit des biens est de donner naissance à des actions réelles ("dingliche Ansprüche"). Il en résulte que les actions possessoires ("possessorische Ansprüche") sont des actions réelles (318).

Ainsi, malgré les apparences, les deux droits confèrent une nature juridique identique à leurs actions possessoires.

B) Caractère provisoire des actions possessoires.

295. - Les deux législations s'entendent également à ne conférer au jugement possessoire qu'un caractère provisoire. Cette qualification ne mériterait guère que l'on s'y arrête, s'il n'était nécessaire de dissiper certains malentendus. En droit français comme en droit allemand, la décision du juge a certainement autorité de la chose jugée au possessoire. Le plaideur qui a succombé une première fois ne saurait donc intenter une nouvelle action possessoire fondée sur des faits identiques. Autrement dit, si le juge du possessoire ne peut juger que la question de possession, il la juge définitivement (319).

---

(316) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, T. 1,2° partie par NIPPERDEY, § 222, p. 965.

(317) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, op. cit., p. 966.

(318) ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, op. cit., § 223, p. 968-SCHWERDTNER, Verzug im Sachenrecht, Berlin 1973, p. 19 et 30.

(319) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 214 bis.

Toutefois, cela ne signifie pas que le jugement possessoire fige définitivement les choses en leur état. Il n'a pas autorité de la chose jugée au pétitoire. C'est en ce sens qu'il est provisoire (320). La situation entre les parties, telle qu'elle résulte du seul possessoire, peut à leur diligence être remise en cause au pétitoire. Dans cette mesure la protection possessoire présente un caractère conservatoire qui a contribué à la rapprocher du référé (321), mais qui est également à l'origine d'une certaine confusion (322). Certes, le référé et l'action possessoire sont provisoires, le premier intervenant sans que le fond du droit puisse être concerné, la seconde pouvant être remise en cause au pétitoire. Mais peut-être ne sont-ils pas provisoires de la même manière, L'action possessoire forme un tout et n'est remise en cause que dans les hypothèses où elle est suivie d'une action pétitoire. Cela justifie qu'elle puisse être accompagnée de l'octroi de dommages-intérêts. A l'inverse, le référé n'est qu'une décision préalable et incomplète, si elle n'est suivie d'aucune décision au fond (323). De même le jugement possessoire se suffit à lui-même. Et lorsqu'il est remis en cause, c'est la nature du débat qui a entre-temps été changée. En matière de référé, au contraire, le débat au fond n'est que la conséquence logique de celui entamé au préalable devant le juge des référés. S'il est donc permis de parler du caractère provisoire des actions possessoires, c'est à condition d'en préciser soigneusement la portée.

---

(320) SOLUS et PERROT, op. cit., ibidem - PLANCK-BRODMANN, op. cit., p. 64.

(321) Cf. supra, n° 288.

(322) MICHELET, op. cit., (n° 233, note 34), n° 221 et s.

(323) Ce qui ne signifie pas pour autant qu'une pareille décision interviendra dans tous les cas.

296. - Ainsi caractérisée, la nature juridique des actions possessoires offre d'incontestables similitudes entre les législations françaises et allemandes. Et cette constatation mérite d'être reprise pour une large part à l'égard de tout le système de protection possessoire. Qu'il s'agisse des principes généraux, de la règle du non-cumul, voire même du rapprochement avec le référé, les deux droits témoignent du même souci d'efficacité pour garantir la situation de fait issue de la seule possession. Mais il nous a semblé que cette exigence était mieux comprise en droit allemand. Allégé de tous les inconvénients d'une procédure qu'en droit français on a voulu trop parfaite, notamment en ce qui concerne le principe du non-cumul, le B. G. B. paraît plus prompt et plus apte à remplir les conditions d'une protection possessoire rapide et efficace.

Sous-section III : La protection possessoire indirecte.

297. - Même si les actions possessoires constituent la protection possessoire par excellence, un possesseur peut être tenté de recourir à d'autres règles pour assurer la sauvegarde de ses intérêts. En droit français, cela se fera rarement. On a pu constater à quel point la protection possessoire formait un tout se suffisant largement à lui-même. Outre-Rhin, les occasions invitant à sortir du cadre de la seule protection possessoire sont plus nombreuses. Le régime des actions possessoires tel qu'il a été compris par le B. G. B., offre plus de perméabilité aux règles du droit commun (§ 1). Mais surtout, le droit allemand connaît une disposition profondément originale qui permet à un possesseur de se faire reconnaître un droit à la possession. Pareille possibilité a pu être comprise comme réalisant une protection possessoire de nature pétitoire (§ 2).

§ 1 : Le recours aux règles du droit commun.

298. - Nombre d'auteurs allemands soulignent qu'à côté de la protection directe issue des §§861 et 862, une place doit être faite à ce qui n'est alors qu'une protection possessoire indirecte, rendue possible par le recours aux règles du droit commun. Ainsi envisage-t-on la possibilité d'obtenir la restitution de la possession au moy-

en d'une action en répétition de l'indû ou sur le fondement de l'enrichissement sans cause (324).

Mais la doctrine allemande s'est surtout préoccupée de savoir si le possesseur pouvait agir en dommages-intérêts contre l'auteur du trouble ou de la dépossession et, plus généralement, s'il lui était possible de recourir aux règles de la responsabilité civile (§ 823 du B. G. B.). Sans hésitation, doctrine et jurisprudence ont répondu à cette question par l'affirmative. Et il ne pouvait guère en être autrement. L'on sait que la possession est considérée comme un droit au sens où l'entend le § 823 du B. G. B. (325). Dès lors, si elle entre dans les prévisions de cette disposition, il ne fait aucun doute que la victime d'un trouble ou d'une dépossession peut obtenir des dommages-intérêts (326). Cependant, il faut être attentif à la portée d'une telle solution. Il convient de noter que l'octroi de dommages-intérêts ne peut jamais survenir dans le cadre des actions possessoires. Le recours au § 823 est donc un palliatif nécessaire pour combler cette lacune. D'un autre côté, si le possesseur, plutôt que d'user des actions possessoires, agit sur le fondement du § 823, certaines conditions propres à cette disposition doivent être réunies. Certes, le trouble possessoire a été défini par la voie de fait illicite et le § 823 a précisément pour but de réprimer les actes illicites, mais encore faut-il que dans ce dernier cas il y ait eu comportement fautif de la part de l'auteur du trouble (327). Il est vrai que cette dernière exigence est loin de faire l'unanimité.

---

(324) STAUDINGER, op.cit., § 861,3-PALANDT,op.cit.,§ 861,7,a-BAUR, op. cit., § 9, V, 1.

(325) Cf. supra, n° 62.

(326) R. G. 28 décembre 1904, précité, n° 62, note 153-B. G. H. 21 avril 1960, précité, n° 62 note 153-WIESER,"Der Schadensersatzanspruch des Besitzes aus § 823 B. G. B.", JuS. 1970, 557. Le même : "Zum Schadensersatzanspruch des nichtberechtigten Besitzes", N. J. W. 1971, 597-MEDICUS "Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadensersatz" A.c.P. 165, 115.

(327) HECK, op.cit.,§ 14,n° 8-STAUDINGER, op. cit., § 861, 5.

299. - Toujours est-il qu'ainsi le droit allemand est sensiblement éloigné des solutions françaises. A ses yeux, l'action en dommages-intérêts nécessite une procédure particulière et indépendante de celle entamée au possessoire. En droit français, il n'en est rien. Il est admis sans conteste que le juge peut accompagner sa décision d'un certain nombre de condamnations accessoires, parmi lesquelles les dommages-intérêts figurent en bonne place. Bien évidemment le paiement de dommages-intérêts ne saurait être dû du seul fait d'un trouble ou d'une dépossession. Le possesseur doit être en mesure de prouver l'existence d'un dommage. Or l'on sait qu'il n'en sera pas toujours ainsi, puisque le trouble possessoire peut être réprimé sans qu'il y ait eu préjudice (328).

§ 2 : La protection possessoire de nature pétitoire.

300. - Il est délicat de situer au sein du B. G. B. une disposition telle que le § 1007 (329). A s'en tenir à la lettre du texte, on est rapidement conduit à l'envisager comme offrant la possibilité

---

(328) SOLUS et PERROT, op.cit.,n° 213-HEBRAUD,op.cit.(n° 223,note 11), n° 85-Civ. 12 juin 1965, Bull.civ. I n° 385-Rouen 13 février 1973, D. 1973, J, 303, Cf. supra, n° 297.

(329) § 1007 du B.G.B."Celui qui a possédé un meuble peut en demander la restitution au possesseur actuel, lorsque celui-ci n'était pas de bonne foi au moment de son entrée en possession. Si le bien a été volé au possesseur antérieur, a été perdu ou égaré, celui-ci peut en demander la restitution même à un possesseur de bonne foi, à moins que ce dernier n'en soit propriétaire ou n'en ait été dépossédé avant que le possesseur antérieur fût entré en possession. Cette disposition n'est pas applicable à l'argent et aux titres au porteur. Cette action est exclue lorsque le possesseur antérieur n'était pas de bonne foi au moment de son entrée en possession ou lorsqu'il a abandonné sa possession. En outre il y a lieu d'appliquer les dispositions du §§ 986à1003".

d'une action en revendication mobilière (330). Tel a été effectivement le but poursuivi par les rédacteurs du B. G. B. . Cependant ce pourrait être une revendication, soit de la propriété, soit de la possession. Au départ, le § 945 du premier projet du B. G. B. reprenait les grands traits de l'action publicienne du droit romain (331). Comme cette dernière, l'action ainsi introduite en droit allemand devait faciliter la revendication mobilière, dans la mesure où elle n'exigeait pas la preuve du droit de propriété. Simplement, entre deux possessions, l'on choisissait celle qui paraissait préférable en raison de la bonne foi du possesseur et de son juste titre. Mais la deuxième commission changea totalement de direction. Comme elle venait d'introduire une présomption de propriété tirée de la possession (§ 1006), il lui sembla inutile de maintenir telle quelle la revendication mobilière. Elle préféra élargir sensiblement son domaine, en transformant sa nature : il ne s'agit plus alors de trancher entre deux possessions mais de permettre à celui qui a perdu involontairement la possession de la récupérer, en justifiant de sa seule possession antérieure. Le § 1007 reprend ainsi une solution du droit germanique, issue d'ailleurs du droit possessoire du moyen - âge (332).

L'on voit ainsi ce qui sépare le § 1007 d'une action en revendication proprement dite, notamment de celle dont bénéficie le possesseur, lorsque le tiers ne peut invoquer à son profit les règles de l'acquisition "a non domino" (333). S'il s'agit d'un bien qui n'a pas été volé ou perdu, c'est toujours la présomption de propriété attachée à la possession sur laquelle se fondera le demandeur. Mais sa situation est préférable dans le cadre de l'action en revendication, où il suffit de prouver l'absence de propriété du défendeur. Si, au contraire, il use du § 1007, c'est la mauvaise foi de son adversaire qu'il devra établir. En revanche, alors que dans l'action en revendication le dé-

(330) Le § 1007 a cependant été étendu à la possession de locaux d'habitation. B. G. H. 25 septembre 1952, B.G.H.Z. 7, 208 (215).V. également FEUSTEL, Der Anspruch aus § 1007, Diss., JENA, 1900.

(331) HÖRER, Die Besitzrechtsklage-Klagegrundlage und Praktikabilität, Berlin 1974, p. 17-SALEILLES, op.cit.(n° 89,note 29),p. 282 - MATTIL, Actio publiciana und Anspruch aus § 1007 B.G.B.,Heidelberg, 1908.

(332) HÖRER, ibidem,p. 21-Comp.art.2102-4° du Code civil dont s'est peut être inspiré le B. G. B. : cf. SALEILLES, ibidem, p. 285.

(333) Cf. infra, n° 374.

fendeur peut invoquer le droit d'un tiers et détruire ainsi la présomption de propriété du demandeur, dans le cadre du § 1007 un tel moyen sera inopérant. Lorsque le possesseur agira parce que le bien lui aura été volé ou qu'il l'a perdu, il devra prouver sa possession ainsi que le vol ou la perte, et ce aussi bien dans l'action en revendication que dans celle du § 1007. Seule en définitive la situation du défendeur varie d'une action à l'autre. Pour s'opposer aux prétentions du demandeur, il lui suffit, s'il s'agit d'une action en revendication, de prouver l'absence de droit du revendiquant, alors que le § 1007 l'oblige à prouver sa mauvaise foi (334).

301. - Ces précisions ne suffisent pas à rendre pleinement compte de la nature du § 1007. Il est vrai que cette question divise profondément la doctrine (335). A priori, le § 1007 intervient pour résoudre un conflit entre deux possesseurs successifs, en donnant la préférence au premier d'entre eux. On peut s'en tenir à cet aspect de la question et conclure qu'en aucun cas le § 1007 ne constitue une action pétitoire (336). Mais un tel point de vue serait trop partiel. Il ne suffit pas de donner la préférence au premier possesseur, encore convient-il de s'interroger sur le fondement de cette solution. Certes, l'on peut dire que le droit du demandeur n'a sa source que dans l'antériorité de sa possession. L'action du § 1007 serait ainsi d'une nature juridique "sui generis". Elle ne consacrerait aucun droit, mais se bornerait à régler un conflit entre possesseurs successifs selon un ordre chronologique (337). Si cette opinion marque un progrès, en permettant de cerner avec plus de précision la spécificité du § 1007, elle n'a pas convaincu la majorité de la doctrine. Pour cette dernière, il ne faut pas se fier aveuglément aux apparences. Il est vrai que lors de la rédaction définitive du § 1007, il s'est seulement agi de faire triompher une possession sur une autre. Mais,

---

(334) HÖRER, op. cit., p. 103 et s.

(335) Pour un exposé détaillé des différentes conceptions, cf. HÖRER, op. cit. (n° 300, note 331), p. 33 et s.

(336) BOEHMER, op. cit. (n° 26, note 34), p. 161.

(337) HÖRER, op. cit. p. 40.

en réalité, celle que l'on fait triompher est celle que l'on croit fondée en droit ou, plus exactement, celle à qui l'une des parties a droit. Si le demandeur obtient gain de cause, c'est que l'antériorité de sa possession laisse présumer en sa faveur l'existence d'un droit à posséder (338). Cette référence au droit à posséder, doublée d'un rapprochement avec le mécanisme de la revendication, a conduit nombre d'auteurs à parler du § 1007 comme d'une action pétitoire (339). Il est vrai qu'au sein du B. G. B. le § 1007 termine le titre quatre consacré aux actions pétitoires. Mais surtout, la référence à la nature pétitoire est la seule à permettre d'expliquer d'une manière satisfaisante le mécanisme du § 1007. Toutefois, il ne faut pas se méprendre sur la portée d'une pareille référence. Il n'y a entre le § 1007 et les actions pétitoires qu'un lien de parenté. La préférence donnée au demandeur n'a pour fondement direct que l'antériorité de sa possession; ce n'est qu'à l'arrière plan que se profile le droit ainsi reconnu.

Dans cette mesure, il est permis de considérer le § 1007 comme réalisant essentiellement une protection de la possession, à l'image de ce que font les actions possessoires. Protection indirecte certes, mais qui garde tout son intérêt lorsque la perte de la possession ne résulte pas d'une voie de fait (340). Aussi n'est-il guère étonnant que le § 1007 soit le plus souvent qualifié d'action possessoire de nature pétitoire ("petitorische Besitzklage" - "Besitzrechsanspruch" ou encore "petitorischer Besitzschutz") (341).

Conçu de cette manière, le § 1007 nous semble effectivement

---

(338) Il ne s'agit pas du droit dont la "Gewalt" est l'apparence, mais du droit à posséder pour quelques raisons un bien.

(339) STAUDINGER, op. cit., § 1007, 1 - BAUR, op. cit., § 9, IV, p.69- PALANDT, op. cit., § 1007, 1, a - WESTERMANN, op. cit., § 35,I.

(340) On discute cependant de l'intérêt pratique de cette disposition dont on peut estimer qu'elle a du mal à s'imposer, étant concurrencée autant par les actions possessoires que par les actions pétitoires : WESTERMANN, op. cit., § 35,I - HEDEMANN, op. cit., § 23, VII.

(341) Cf. auteurs précités note 339.

contribuer à la protection possessoire (342). Par de nombreux aspects, l'esprit de cette disposition est singulièrement proche de certaines actions possessoires, notamment de la réintégrande. Mais la mise en oeuvre du § 1007 révèle bien des particularités, tant du côté du demandeur (A) que de celui du défendeur (B).

A) Les conditions relatives au revendiquant.

302. - Aux termes du § 1007, celui qui entend revendiquer la possession d'un meuble doit répondre à deux conditions. D'une part, il lui est demandé de prouver à la fois l'antériorité de sa possession et sa perte involontaire, d'autre part, il doit être de bonne foi.

Entre deux possesseurs successifs, l'action appartient donc à celui qui a possédé en premier lieu, afin de lui permettre de récupérer la possession perdue. Le § 1007 englobe les différents types de possession que connaît le droit allemand. Ainsi l'action est-elle ouverte aussi bien à celui qui a possédé directement qu'à celui qui n'a été que possesseur médiat. Toutefois on estime, par analogie avec le § 869 alinéa 2 (343), que le possesseur médiat ne peut demander la restitution du bien qu'au profit du possesseur direct, sauf si ce dernier ne veut ou ne peut le reprendre (344). On peut cependant avoir quelques doutes sur l'exactitude de cette solution.: puisqu'il est admis que le § 1007 consacre, fût-ce implicitement, un droit à la possession, on ne saurait en refuser le bénéfice direct au possesseur médiat, seul concerné par ce droit (345). Enfin, l'action n'est pas possible entre le possesseur direct et le possesseur médiat, tous deux étant possesseurs simultanément d'un même bien. En cas de copossession, l'action ne peut être utilisée qu'au profit de tous les copossesseurs.

---

(342) STAUDINGER, op. cit., § 861, 2.

(343) Cf. supra, n° 258.

(344) STAUDINGER, op. cit., § 1007, 2.

(345) WESTERMANN, op. cit., § 35, I 2, b.

En toutes hypothèses, le demandeur doit prouver l'antériorité de sa possession. En réalité, ce n'est pas tant cette preuve qui suscite des difficultés que celle de la cessation involontaire de la possession. La preuve du vol ou de la perte peut certainement se faire par tous moyens ; l'action du demandeur sera d'autant plus facile qu'elle pourra s'exercer même à l'encontre d'un tiers de bonne foi. Mais dans les autres circonstances de perte involontaire, telle la cession du bien par le possesseur direct sans l'accord du possesseur médiat (346), la tâche du demandeur sera sensiblement plus délicate: c'est la mauvaise foi de son adversaire qu'il lui incombera d'établir (347). Si le demandeur ne parvient pas à prouver la perte involontaire de sa possession, celle-ci sera considérée comme ayant été abandonnée et sa demande sera rejetée (§ 1007, alinéa 3).

303. - Aux conditions objectives tenant aux caractères de sa possession, le demandeur doit ajouter une condition subjective, sa bonne foi au moment de son entrée en possession. Et c'est sans doute à propos de cette condition qu'apparaissent le plus dairement les liens qui unissent le § 1007 aux actions pétitoires. La bonne foi a, en effet, été définie par analogie avec celle exigée lors d'une acquisition "a non domino". Dans ces conditions, est de bonne foi celui qui croit avoir acquis en même temps que la possession un droit à la possession (348). Bien sûr, il ne s'agit que d'un droit à la possession et non d'un droit de propriété, mais le rapprochement avec les actions pétitoires n'en est pas moins évident. En outre, peu importe le droit permettant ou autorisant la possession et peu importe également que par la suite le demandeur l'ait perdue ou qu'il soit devenu de mauvaise foi. De toute manière, la preuve de cette dernière incombe au défendeur.

---

(346) Au sens du § 1007, il y a là dépossession involontaire, mais non au sens du § 935. Comp. FRANK, op. cit. (n° 140, note 139)p. 27.

(347) Sur la notion de mauvaise foi, cf. infra, n° 303.

(348) STAUDINGER, op. cit., § 1007, 11.

304. - Si le demandeur satisfait aux exigences du § 1007, son action aboutira à la restitution de la chose elle-même. De surcroît, il sera fait application des §§987 à 993 qui normalement régissent les relations d'un propriétaire, qui a réussi dans son action en revendication, avec l'ancien possesseur (349). Ces dispositions permettent au possesseur d'obtenir la restitution des fruits ainsi que des dommages-intérêts. Le § 1007 se différencie ainsi sensiblement des actions possessoires qui n'aboutissent qu'à la restitution du bien lui-même. Seulement, il ne s'agit que d'une application par analogie des §§987 à 993. Ainsi la restitution des fruits sur le fondement du § 1007 ne vise qu'à la possession de ces fruits.

A leur égard la question de propriété ne peut être réglée par le § 1007. De même, les dommages-intérêts ne servent qu'à indemniser le possesseur en tant que tel. Pour la réparation du préjudice qu'aurait subi le propriétaire, le recours au § 1007 est inadéquat (350).

B) La situation du défendeur.

305. - La revendication ne peut être dirigée que contre le possesseur actuel du bien . Encore convient-il de distinguer les deux hypothèses envisagées par le § 1007. Si le bien a été volé ou perdu, l'action est ouverte contre tout possesseur ; en revanche, lorsque la possession a été transmise à tort, mais volontairement, seul un possesseur de mauvaise foi peut être mis en cause. Enfin, il est possible d'exercer l'action contre un possesseur médiat, solution empruntée à l'action en revendication proprement dite du § 985 du B. G. B.

Cependant, la particularité de la situation du défendeur doit être recherchée ailleurs : elle se situe en fait dans les moyens de défense mis à sa disposition par la loi. De ce point de vue, et malgré une certaine imprécision dans la rédaction du § 1007, ces moyens diffèrent selon que le défendeur est ou non de bonne foi ; plus

(349) Cf. infra, n° 315 et s.

(350) WOLFF-RAISER, op. cit., § 23, II, 2, b.

exactement, certaines preuves ne sont offertes qu'au défendeur de bonne foi, alors que d'autres sont communes à tous. En outre, ces différents modes de preuve traduisent l'originalité du § 1007, dans la mesure où ils le rapprochent des actions pétitoires.

Au défendeur de bonne ou de mauvaise foi, il est tout d'abord possible d'opposer un droit à la possession, droit préférable à celui du demandeur. Cette solution résulte de l'alinéa 3 du § 1007 qui renvoie aux §§986 et 1003 du B. G. B. . Pareille faculté offerte au défendeur ne va pas sans susciter maintes difficultés. L'on peut, en premier lieu, objecter que contrairement à ce que soutient une partie de la doctrine, un tel moyen de défense varie selon la bonne ou mauvaise foi du défendeur. Si l'on est en présence d'un possesseur de bonne foi, il faut se souvenir que l'action n'est possible que pour un bien volé ou perdu (351). Le défendeur de bonne foi a donc non seulement toutes les chances de ne pas être souvent mis en cause, mais lorsque tel est le cas il peut encore opposer son propre droit à la possession. Ce n'est donc que pour le possesseur de mauvaise foi qu'il peut être intéressant d'invoquer un droit. Mais alors on comprend difficilement qu'il soit de mauvaise foi : on ne peut pas à la fois invoquer un droit et croire que l'on en a aucun. Il faut donc supposer que c'est par la suite, c'est-à-dire après la dépossession, que le possesseur de mauvaise foi, auteur de cette dépossession, acquiert le droit justifiant sa possession (352). Une telle preuve doit être positive, en ce sens qu'elle ne résulte pas de la preuve de l'absence de droit du demandeur ; le droit invoqué doit être prouvé directement, c'est-à-dire, que, bien qu'étant en possession du bien, le défendeur ne peut invoquer à son profit la présomption de propriété du § 1006 du B. G. B. (353).

---

(351) Cf. supra, n° 305.

(352) En ce sens WOLFF-RAISER, op. cit., § 23, II, 1.

(353) Ainsi, lorsque le défendeur prétend que le bien lui a été remis avec l'accord du demandeur, c'est à ce dernier de prouver le contraire : B. G. H. 10 novembre 1964, F.Z. XI, n° 2550.

Chaque défendeur peut également tenter de démontrer que le demandeur n'était pas lui-même de bonne foi au moment de son entrée en possession. Là encore, la mauvaise foi se définit par rapport au § 932 du B. G. B. (354). Le demandeur doit donc avoir cru, au moment de son entrée en possession, qu'il avait un droit à la possession du bien concerné. Il n'est pas besoin de dire combien la tâche du défendeur sera lourde pour apporter pareille preuve (355).

Dans ces conditions, il préfèrera sans doute prouver qu'au moment où lui-même est entré en possession du bien, celui-ci était vacant, c'est-à-dire qu'en réalité il avait été abandonné par le demandeur. S'agissant d'un fait matériel, la preuve a quelque chance d'être plus aisée à rapporter. Cependant, d'une manière générale, la situation du défendeur de mauvaise foi reste précaire.

306. - Le possesseur de bonne foi semble mieux loti. Bien évidemment il peut opposer son propre droit de propriété au demandeur et il le fera dans les mêmes conditions que tout possesseur, c'est-à-dire sans pouvoir recourir au § 1006 mais en apportant la preuve directe de son droit. Surtout, il a la faculté d'invoquer sa propre dépossession intervenue avant que le demandeur ne soit lui-même entré en possession (356). En principe, cette possibilité lui est réservée. Cependant l'on peut se demander s'il n'y a pas là un avantage purement apparent et si le possesseur de mauvaise foi n'est pas lui aussi en mesure de recourir à un tel moyen de défense. Il nous semble que rien n'empêche le possesseur de mauvaise foi d'invoquer sa propre dépossession ; simplement, il ne saurait se limiter à cette preuve, mais il s'en servira pour prouver la mauvaise foi du demandeur (357).

Cependant, on peut à juste titre objecter que pareil raisonnement suppose un conflit ayant déjà opposé le demandeur et le défendeur actuels. Or il se peut que le défendeur ait été dépossédé par un

---

(354) Cf. supra, n° 303.

(355) STAUDINGER, op. cit., § 1007, 11.

(356) § 1007 alinéa 2 - STAUDINGER, op. cit., § 1007, 13.

(357) En ce sens implicitement, STAUDINGER, op. cit., § 1007, 13 - B. G. H. 15 mai 1952, F. Z. I, § 1007, p. 153.

tiers, celui-ci ayant ensuite transmis le bien au demandeur qui de ce fait est de bonne foi (358). La disposition du § 1007 conserve alors tout son intérêt pour l'actuel possesseur de bonne foi et la raison en est facile à comprendre. Tout le mécanisme du § 1007 consiste à privilégier la première possession. Lorsqu'il y a eu trois transmissions successives de la possession et que le conflit éclate entre un demandeur de bonne foi et un défendeur également de bonne foi, mais qui a été dépossédé le premier, on respecte l'esprit du § 1007 en maintenant le défendeur en possession. On ne fait ainsi que privilégier la première possession.

Toutefois, la situation du défendeur reste précaire en raison des difficultés inhérentes aux modes de preuve qui lui sont offerts. Mais ces différents moyens de preuves sont particulièrement précieux pour caractériser l'action du § 1007, en faisant ressortir son caractère ambigu. En principe, dans cette action, aucune des deux parties n'a droit à la possession : le § 1007 devrait donc se limiter à trancher le seul problème de l'antériorité de la possession. Il serait ainsi fondé non sur un droit à la possession, mais sur la possession elle-même. Mais le mécanisme du § 1007 du B. G. B. fait douter de l'exactitude d'une telle constatation, ou du moins il nécessite qu'on y apporte quelques précisions. A partir du moment où le défendeur peut invoquer un droit à la possession, c'est que le débat n'a plus seulement pour objet la protection de la possession, mais qu'il tend à résoudre un conflit entre deux droits. Il devient alors nécessaire de distinguer le droit dont la possession est l'expression, du droit à la possession. Seul le droit à la possession est concerné par le § 1007, mais, et c'est en cela que réside l'originalité du § 1007, il n'est pas issu du droit sous-jacent. Il est fondé sur la seule antériorité de la possession du demandeur (359). Ainsi le § 1007 n'est-il pas une action pétitoire au sens strict du terme : il se contente de s'inspirer des règles de l'ac-

---

(358) Le demandeur sera également de bonne foi lorsqu'étant propriétaire du bien, il s'en sera emparé par la force auprès de ce tiers.

(359) BOEHMER, op. cit. (n° 25, note 34), p. 161.

tion en revendication. Tout au plus peut-on dire que si la possession du demandeur est préférée, c'est qu'elle a de fortes chances de coïncider avec un droit. C'est dans cette seule mesure que se trouvé justifié l'emploi de l'expression de "protection possessoire de nature pétitoire" qui caractérise habituellement le § 1007 du B. G. B. (360).

307. - Il convient ici d'envisager d'un mot une action qui, dans son esprit, présente certains traits de ressemblance avec celle du § 1007. Tout en n'étant pas une action en revendication proprement dite, elle offre en quelque sorte un droit de suite au possesseur. Le § 867 du B. G. B. prévoit en effet que "si un bien, sorti du pouvoir de son possesseur, est arrivé sur un immeuble possédé par autrui, ce dernier doit en permettre la recherche et l'enlèvement à moins que, dans l'intervalle, ce bien ait fait l'objet d'une prise de possession. Le possesseur de l'immeuble peut réclamer une indemnité pour le dommage résultant de la recherche ou de l'enlèvement. Lorsqu'il y a lieu de craindre un dommage, il peut refuser l'autorisation jusqu'à ce que lui soit fournie une sûreté suffisante, sauf s'il y a péril en la demeure". Cette disposition a donc pour but la recherche de tout bien sorti accidentellement de la possession du demandeur. Et les auteurs multiplient les exemples en envisageant l'hypothèse d'une balle qui involontairement roulerait sur un fonds voisin ou l'hypothèse d'un chapeau qu'un coup de vent violent pousserait au loin ...! (361). En pareil cas, le possesseur de ces objets est en droit de venir les rechercher, sans que le propriétaire du fonds sur lequel ils se trouvent puisse s'y opposer. Une double restriction vient cependant tempérer les droits du possesseur. Il se peut qu'entre-temps le bien ait fait l'objet d'une prise de possession, fût-ce par le propriétaire du fonds, ou que la recherche risque de provoquer un dommage trop important. Il faut reconnaître qu'en pratique le § 867 du B. G. B. reste lettre morte ; sans doute le bon sens suffit-il à sauvergarder les relations de bon voisinage.

---

(360) Cf. supra, n° 301.

(361) STAUDINGER, op. cit., § 867, 2 et 3.

308. - Les modalités de la protection de la possession sont ainsi multiples et fort variées. Certes, toutes ne sont pas d'égale importance. Et sans qu'il soit permis de les négliger complètement, notamment en droit allemand, il semble que les modes de protection indirecte n'aient que peu de portée pratique. L'essentiel revient donc aux actions possessoires. A elles seules, elles sont l'un des traits les plus caractéristiques de cet état de fait que constitue la possession. C'est au travers d'elles que la possession accède à la vie juridique. Et ce point de vue est entièrement commun aux droits français et allemand. Seul diffère un certain nombre de modalités, au moins dans leur principe, sinon dans leur mise en oeuvre pratique.

Section II : LA PROTECTION DU POSSESSEUR.

309. - Bien que traditionnellement le domaine de la protection possessoire soit limité aux actions possessoires, il nous a paru possible de l'élargir. Plusieurs effets de la possession semblent pouvoir être rattachés à l'idée de protection. Mais un point fondamental les sépare des actions possessoires : alors que celles-ci affectent directement l'état de fait, ces autres effets concernent la personne même du possesseur. Certes, dans le couple possesseur-possession, l'un n'est pas protégé sans l'autre et toute protection de l'un rejaillit sur l'autre. Tout est ici question de nuances. Nul doute que les actions possessoires servent essentiellement à la protection de la possession et ne bénéficient qu'indirectement au possesseur. En revanche, un certain nombre d'effets de la possession visent le possesseur plus que la possession, même si en définitive c'est à cette dernière que tout est dû. Autrement dit, l'on recherchera ici à rendre compte de mécanismes qui protègent le possesseur au travers et grâce à sa possession.

Deux importantes conséquences de la possession paraissent répondre à une telle préoccupation et toutes deux sont communes aux droits français et allemand. L'effet probatoire constitue la première d'entre elles. Pareille conséquence favorise incontestablement la personne du possesseur, soit qu'elle lui permette d'occuper la position de défendeur, soit qu'elle constitue la preuve de son droit de propriété (§ 1) . La situation favorable que la loi réserve au possesseur se manifeste également dans une autre série de dispositions : celles

qui ont pour but de sauvegarder ses droits, lorsqu'il est évincé par le propriétaire (§ 2).

§ 2 : L'effet probatoire de la possession.

310. - Le possesseur bénéficie d'un préjugé favorable quant à la réalité du droit dont sa possession est la manifestation apparente. Cette présomption lui permet tout d'abord de ne pas être obligé de défendre sa possession, du moins tant qu'elle n'est pas mise en cause par un tiers. C'est à celui qui revendique un bien de prendre les devants et de mettre en cause le possesseur actuel. Ainsi, dans l'instance pétitoire, le possesseur a-t-il l'avantage d'occuper la position de défendeur. Ceci est vrai en droit français et en droit allemand (362). Tout au plus peut-on noter que dans le B. G. B. les hypothèses où le possesseur à l'occasion d'être mis en cause sont plus nombreuses. Outre l'action en revendication, un possesseur allemand peut voir diriger contre lui une action fondée sur le § 1007 du B.G.B., sur le § 809, voire sur les §§ 867 et 1005.

311. - Cependant, dans les deux droits, l'avantage du possesseur ne se limite pas à la seule qualité de défendeur. Sa possession va lui permettre dans certaines circonstances de triompher des prétentions du revendiquant, en lui fournissant la preuve de son droit de propriété. Mais sur ce point les mécanismes issus du B.G.B. et du Code civil diffèrent sensiblement.

En droit français, la question ne sera soulevée qu'à l'occasion d'une action en revendication immobilière. S'agissant des meubles, l'article 2279 du Code civil en établissant une solidarité complète entre la possession et la propriété, a pour conséquence d'empêcher toute revendication. Toutefois, la revendication demeure possible dans les rares cas où les conditions d'application de l'article 2279 ne sont pas réunies. Mais dans cette dernière hypothèse, la preuve de la propriété du revendiquant résultera de sa possession anté-

---

(362) WEILL, op. cit., n° 394-CARBONNIER, op.cit.,n° 43, p. 145-WESTERMANN, op. cit., § 8, 3-STROHAL, op. cit.(n° 108, note 98),p. 44, qui, pour caractériser cette situation, use de l'expression "Passivlegitimation".

rieure, à l'image de ce que réalise le § 1007 du B. G. B. (363).

En matière immobilière, aucune présomption n'est inscrite dans la loi. Mais le rôle de la possession est loin d'être négligeable : la jurisprudence n'a pas hésité à en faire un instrument propre à régler les conflits entre différents modes de preuve. Ainsi la possession du défendeur fait-elle triompher son droit, lorsqu'aucune des parties n'a de titres (364). Il est vrai que les tribunaux ne se contentent pas de donner la préférence au défendeur par cela seul qu'il est en possession, ce qui serait appliquer purement et simplement l'adage "in pari causa melior est possidentis", mais qu'ils exigent de sa part une possession exempte de vices et l'absence de possession préférable de la part du revendiquant (365). En cas de doute, il "appartient aux juges de statuer sur la question de propriété, d'après les présomptions de fait invoquées par les parties" (366). Le défendeur obtient également gain de cause si un titre vient corroborer sa possession. Mais s'il y a un conflit entre sa possession et le titre du revendiquant, c'est ce dernier qui verra sa demande acceuillie, à la seule condition que son titre ait été antérieur à la possession du défendeur (367). Enfin, dans l'hypothèse d'un conflit entre deux titres émanant d'auteurs différents, la préférence ne doit pas être donnée systématiquement au titre le plus ancien, mais elle doit aller au "titre le meilleur" (368). Cette solution peut donc conduire le juge à donner la préférence au titre qui sera accompagné d'une pos-

---

(363) Cf. supra, n° 300 et s.-WEILL,op.cit.,n° 547-Civ. 21 mai 1951, Bull.civ. I, n° 150, p. 117-Civ. 13 novembre 1962, Bull.civ.n° 478, p. 408.

(364) WEILL, op.cit.,n° 544-PLANIOL et RIPERT,op.cit.,n° 358.

(365) Req.22 décembre 1891,D.P.1892.1.512-Civ. 6 décembre 1955,J.C.P. 1956, II.9042, note H. BLIN.

(366) Civ. 26 décembre 1921, S. 1923.1.297, note P. ESMEIN.

(367) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 359-CARBONNIER,op.cit.,n° 68, p. 243 - WEILL,op.cit.,n° 545-Civ.22 juin 1864,D.P. 1864.1.412.

(368) Civ. 12 novembre 1907, D. 1908.1.313, note RIPERT.

session (369).

312. - La première originalité des solutions du B. G. B. réside dans le fait que à l'inverse de celles du droit français, elles concernent plus particulièrement les meubles. Les questions immobilières relèvent en effet du livre foncier. Ainsi le § 891 du B.G.B. prévoit-il qu'un droit immobilier n'est présumé appartenir à un possesseur que s'il est inscrit à son profit au livrer foncier (370). Les questions de preuve immobilière sont ainsi considérablement facilitées. En matière mobilière, la question ne se pose pas dans les mêmes termes qu'en droit français. Le droit allemand n'établit pas de solidarité parfaite entre possession et propriété ; il en résulte que la revendication mobilière y est beaucoup plus fréquente (371). Mais cette revendication ne réussira que si le revendiquant renverse la présomption de propriété que confère au possesseur le § 1006 du B. G. B. (372). S'il n'y réussit pas, c'est le droit de propriété du défendeur qui se trouvera consacré.

---

(369) WEILL, op. cit., n° 546 - Civ. 12 novembre 1907, précité - Civ. 10 mars 1953, J. C. P. 1955, II, n° 7849, note WEILL ; Rev. trim. dr. civ. 1954, 124, obs. SOLUS.

(370) § 891 du B. G. B. : "lorsqu'un droit est inscrit au livre foncier au profit d'une personne, il est présumé que ce droit lui appartient.

Lorsqu'un droit inscrit au livre foncier est radié, il est présumé que ce droit n'existe pas".

(371) Cf. infra, n° 404.

(372) Cf. infra, n° 392.

Enfin, les droits du défendeur sont renforcés par une disposition originale du B. G. B., le § 986 (373). La portée de cette règle, qui vise aussi bien le possesseur mobilier que le possesseur immobilier, doit être bien comprise. Il ne s'agit pas pour le possesseur, dans le conflit qui l'oppose au revendiquant, d'invoquer un droit de propriété, mais seulement un droit qui justifie sa possession. La difficulté se situe dans la détermination de la nature exacte d'un tel droit. L'opposabilité d'un droit réel est indiscutable. Mais il ne faut pas oublier que la possession allemande peut se dédoubler (374). Ainsi le titulaire d'un démembrement de la propriété, qui en droit allemand est possesseur du bien sur lequel son droit porte, peut s'opposer avec succès à toute action en revendication de la part du propriétaire.

---

(373) § 986 du B. G. B. alinéa 1 : "le possesseur peut refuser de restituer le bien lorsque lui-même ou le possesseur médiat de qui il tient son droit, a un titre de possession opposable au propriétaire. Si le possesseur médiat n'est pas en droit, au regard du propriétaire, de laisser la chose au possesseur, le propriétaire peut exiger de celui-ci la restitution du bien au possesseur médiat, ou lorsque ce dernier ne peut ou ne veut la reprendre, la restitution à lui-même".
Sur la querelle qui divise la doctrine allemande pour déterminer si le § 986 est une "Einrede" - fin de non recevoir - ou une "Einwendung" - moyen de défense - cf. : PALANDT, op. cit., § 986, 1. - DIEDERICHSEN, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, p. 27 et 99.

(374) Cf. supra, n° 135 et s.

L'extension du § 986 aux droits personnels a été plus contestée (375). Mais elle est aujourd'hui unanimement admise ; tout droit personnel est opposable au revendiquant pour peu qu'il ait sa source dans un acte juridique valable (376). Pareille solution semble aller de soi : d'ailleurs, lorsqu'un propriétaire et un possesseur sont unis par un lien contractuel, point n'est besoin d'action en revendication, l'action personnelle suffit. Mais c'est oublier qu'en droit allemand il est admis que la revendication peut intervenir entre des personnes liées par un contrat (377). Ainsi se trouve justifiée l'existence du § 986 et l'intérêt de son extension aux droits personnels ; il permet au défendeur de se maintenir en possession, en faisant respecter par le revendiquant l'acte juridique qui les unit. Le droit personnel du possesseur s'opposant ainsi au droit réel du propriétaire, certains en ont conclu qu'il participe à l'institution du droit des biens et qu'il pouvait être qualifié de droit réel dont la portée ne serait que relative (378). Une dernière difficulté a récemment retenu l'attention de la doctrine : fallait-il accorder le bénéfice du § 986 à l'acquéreur sous réserve de propriété ? Doctrine et jurisprudence ont été conduits à répondre à cette interrogation par l'affirmative, en considérant qu'un tel acquéreur avait effectivement un droit à la possession opposable au propriétaire, même si ce droit n'est qu'en cours de for-

---

(375) Cf. SCHERK, "Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache", Dogm. J.67, p. 301- RAAPE, "Gebrauchs und Besitzüberlassung", Dogm.J. 71, p. 97.

(376) STAUDINGER, op. cit., § 986,1 - PALANDT, op. cit., § 986, 2, b.

(377) STAUDINGER, op. cit., § 985,1,a - SOERGEL, op. cit., § 985,12 - Contra WOLFF-RAISER, op. cit., § 84,I,2 - SIBER - "Passivlegitimation bei der reivindication als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz", 1907.

(378) DIEDERICHSEN, op. cit. (n° 312, note 373), p. 91 et 95.

mation (379). Enfin l'alinéa 2 du § 986 vient renforcer la cohérence de l'ensemble du système en prévoyant que si le bien a été aliéné au moyen de la cession de l'action en restitution du § 931, le possesseur conserve à l'égard du nouveau propriétaire tous les droits qu'il avait à l'encontre du précédent.

313. - Au travers de toutes ces solutions la situation du possesseur apparaît singulièrement privilégiée, et, si les deux législations ne s'accordent pas toujours surle détail, elles partagent largement le même souci : assurer au possesseur une situation dont les avantages seront souvent décisifs pour faire triompher non seulement sa possession, mais également son droit de propriété. Il peut cependant se faire que le possesseur doive céder sa place au revendiquant. En pareille circonstance, ce sont alors les conséquences d'une telle éviction que le droit s'efforcera de résoudre au mieux des intérêts de l'ancien possesseur.

§ 2 : La protection du possesseur évincé.

314. - L'éviction du possesseur par le véritable propriétaire s'accompagne d'une sorte de reddition des comptes. Le revendiquant comme le possesseur doit satisfaire à un certain nombre d'obligations: toutes témoignent de l'impossibilité de ne pas tenir compte de la possession, alors même que le succès de l'action en revendication démontre qu'elle n'était pas fondée en droit. L'ensemble des dispositions sera donc plus favorable au possesseur qu'au revendiquant. Bien qu'il soit mis fin à sa possession, le possesseur continuera à y trouver le fondement de certaines obligations à la charge du propriétaire et qui pour l'essentiel concerneront le remboursement des impenses (A). A l'inverse, il va de soi que le possesseur est tenu de restituer le bien. Toutefois, cette obligation peut s'accompagner d'un certain nombre d'autres prestations, cette fois à sa charge (B).

---

(379) PALANDT, op.cit.,§ 986,2,c-O.L.G.Karlsruhe, 29 octobre 1965,N.J.W. 1966, 885-BLOMEYER, "Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrags", J.Z. 1968, 691-Comp. B.G.H. 21 mai 1953, B. G. H. Z. 10, 69 (75)-THAMM"Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht", 3° éd., 1971, p. 45.

A) Le remboursement par le revendiquant des impenses faites par le possesseur évincé.

315. - Les solutions allemandes et françaises peuvent, à première vue, paraître très proches les unes des autres : il s'agit d'indemniser le possesseur des dépenses qu'il a pu faire sur le bien et qui s'y trouvent incorporées au moment où ce dernier est restitué au revendiquant. Ces impenses sont très soigneusement régies par les §§994 à 1003 du B. G. B. (380), alors qu'en droit français, il faut se contenter de raisonner à partir de quelques dispositions éparses dans le Code civil. Mais dans les deux législations, du moins en règle générale, les droits du possesseur seront fonction non de situation personnelle, mais de la nature des travaux effectués, selon que ceux-ci peuvent être qualifiés d'impenses nécessaires, utiles ou voluptuaires.

Les impenses nécessaires ne sont définies ni dans le Code civil, ni dans le B. G. B. . La doctrine française, en les définissant comme étant celles "à défaut desquelles la conservation de l'immeuble aurait été compromise" (381), témoigne d'une relative sévérité. Seules des dépenses faites alors que le bien menace ruine, constituent ainsi des impenses nécessaires. Le droit allemand est plus fluctuant. Dans un premier temps, il avait été décidé de ne retenir que les impenses profitant au propriétaire ; cela revenait à prendre en considération toutes les impenses qui profitaient au bien (382). Par la suite une conception plus restrictive a été adoptée. Sont nécessaires les impenses qui accompagnent la bonne administration et l'exploitation de la chose, celles que le propriétaire aurait dû faire s'il avait eu la possession du bien. De telles impenses ne visent donc pas nécessairement la conservation du bien, mais peuvent également servir à le transformer ou à le moderniser (383). A dire vrai, en procédant de la sorte,

---

(380) L'existence de dispositions particulières rend impossible le recours à d'autres règles, telles que l'enrichissement sans cause : B. G. H. 26 février 1964, B. G. H. Z. 41, 157.

(381) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 230.

(382) R. G. 17 août 1936, R. G. Z. 152, 101.

(383) STAUDINGER, op. cit., § 994, 7.

le droit allemand a unifié la distinction entre impenses nécessaires et impenses utiles. Pour la doctrine cette unification est tout à fait justifiée, l'utilité étant précisément ce qui est nécessaire pour améliorer un bien du point de vue économique (384). La notion d'impenses nécessaires n'est donc guère comparable d'un droit à l'autre.

Malgré cette divergence, les deux droits connaissent une limite tout à fait identique au droit de remboursement du possesseur. Dès que les impenses nécessaires constituent en réalité des dépenses d'entretien, leur remboursement n'est pas dû, au moins pour la période pendant laquelle le possesseur conserve les fruits et revenus du bien. Pareilles dépenses s'acquittant en principe sur ces revenus, elles sont supportées par le possesseur à titre de contre-partie (385). Cependant même si les solutions allemandes et françaises sont inspirées par des préoccupations communes, le particularisme du droit allemand mérité d'être précisé à deux points de vue. Tout d'abord, compte tenu des différents types de possession que connaît le droit allemand, il convient de noter que les §§ 994 et suivants concernent tout possesseur obligé à restitution, même s'il s'agit d'un "Fremdbesitzer", c'est-à-dire d'un possesseur direct, condamné à restituer le bien au possesseur médiat. Autrement dit, les dispositions du B. G. B. trouvent à s'appliquer entre des personnes liées par un contrat (386). Il semble également que la jurisprudence ait accepté d'en faire bénéficier le possesseur direct régulier, pour lui éviter d'être dans une situation plus difficile que le possesseur irrégulier (387). La seconde particularité du B. G. B. a trait aux conséquences de la mauvaise foi du possesseur. En principe, en droit français comme en droit allemand, celle-ci est indifférente au regard du remboursement des impenses nécessaires. Toutefois, le B. G. B. ayant envisagé une certaine responsabilité du possesseur, soit à partir de la litispendance, soit dès le départ

---

(384) STAUDINGER, op. cit., § 994, 7-B.G.H. 20 mai 1964, B.G.H.Z. 41, 341 (345).

(385) Cf. § 994, alinéa 1 - WEILL, op. cit., n° 530.

(386) PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 994, 1.

(387) B.G.H. 2 octobre 1970, Z.F. XVII, n° 2724-B.G.H. 7 juillet 1971, Z.F. XVII, n° 2723.

s'il est de mauvaise foi, le § 994 alinéa 2 prévoit qu'en pareille circonstance, ce sont les règles de la gestion d'affaires qui s'appliquent. Les impenses doivent alors être utiles au propriétaire et pouvoir s'expliquer par un accord de volonté réel ou supposé de sa part (388)

316. - Les impenses sont utiles, lorsque, sans être nécessaires, elles contribuent à l'amélioration du bien, amélioration qui doit se traduire par une plus-value au moment de la restituion. Telle est du moins la définition du droit français (389). Les impenses utiles sont alors remboursées mêmes au possesseur de mauvaise foi (390). Elles ne le sont pourtant qu'à concurrence de la plus-value subsistante (391).

En droit allemand, la situation est beaucoup plus floue. Le § 996 du B. G. B. se contente d'envisager les impenses autres que nécessaires (392). Ces dernières doivent donc être définies. A ce propos, la doctrine est loin d'être unanime. Les auteurs qui ont opté pour une définition large des impenses nécessaires, sont conduits à mettre sur un pied d'égalité les impenses utiles et voluptuaires et à les soumettre toutes deux au § 996 (393). D'autres, au contraire, à l'image du droit français, réservent un sort particulier aux impenses utiles (394). Mais cette dernière opinion est minoritaire. Devant la généralité des termes du § 996, on peut effectivement penser qu'il englobe toutes les impenses autres que nécessaires. Encore convient-il alors de remarquer qu'en définitive ce sont les impenses voluptuaires qui tirent profit de cette extension, la notion d'impenses utiles étant le plus

(388) STAUDINGER, op.cit., § 994,9. Le § 995 n'est qu'une simple application du § précédent.

(389) WEILL, op. cit., nº 530.

(390) L'argument est tiré de l'article 1381 du Code civil.

(391) Les constructions neuves et les plantations donnent lieu à application des règles de l'accession de l'article 55 du Code civil.

(392) § 996 du B.G.B.:"Les impenses autres que nécessaires ne sont remboursées au possesseur que si elles ont été faites avant la litispendance et avant le début de la responsabilité envisagée par le § 990, et dans la mesure où la plus-value qu'elles ont donnée existe encore à l'époque de la restitution du bien au propriétaire".

(393) STAUDINGER, op. cit., § 996-1-SOERGEL, op. cit., § 996,1.

(394) WOLFF-RAISER, op. cit., § 86, I, 2.

souvent absorbée par celle d'impenses nécessaires (395). Le B. G. B. élargit ainsi sensiblement la protection du possesseur évincé. Pourtant, d'un autre côté, il se montre plus sévère que le droit français. Dans le cadre du § 996, seul le possesseur de bonne foi peut être indemnisé, puisque les impenses doivent avoir été engagées avant la litispendance ou avant que n'existe la situation envisagée par le § 990 du B. G. B. (396). Enfin, comme en droit français, le montant du remboursement ne saurait excéder la plus-value subsistante.

317. - Compte tenu de l'originalité des solutions allemandes, les impenses voluptuaires qui ont trait à des travaux de pur luxe ou d'agrément n'intéressent que le droit français. Et de pareilles dépenses ne donnent lieu à aucune indemnité. Simplement, par analogie avec l'article 599 alinéa 3, admet-on que le possesseur peut enlever tous les ornements qu'il aurait ajoutés au bien, en évitant toutefois de le détériorer (397). De ce point de vue, le possesseur français est désavantagé par rapport à son homologue allemand, pour peu que l'on consente à soumettre au § 996 les impenses voluptuaires (398).

318. - Le B. G. B.,avec le souci du détail qui le caractérise, consacre plusieurs autres dispositions à la protection du possesseur évincé. C'est ainsi que le § 997 lui accorde un "droit de séparation" ("Abtrennungsrecht"). Cette disposition concerne les choses que le possesseur a incorporées au bien et qui normalement doivent le rester. Pareilles choses sont dites "wesentliche Bestandteile" ("Parties constitutives essentielles"). A lire le § 94 du B. G. B., constituent des "parties constitutives essentielles" les "choses fixées au fonds et au sol, notamment les bâtiments ainsi que les produits du fonds, aussi longtemps qu'ils adhèrent au sol". De leur côté, les "semences deviennent parties constitutives essentielles du fonds par le fait de l'ensemence-

---

(395) Cf. infra, n° 317.

(396) Cf. infra, n° 323.

(397) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 230 - WEILL, op. cit., n° 530.

(398) Cf. supra, n° 316.

ment, une plante par le fait d'être plantée". Enfin, l'alinéa 2 du § 94 précise que "sont parties constitutives essentielles d'un bâtiment les choses incorporées en vue de la construction de ce bâtiment". En définitive, de telles choses se distinguent par le fait qu'elles ne peuvent être séparées les unes des autres, sans que l'une ou l'autre soit détruite ou modifiée dans sa nature (§ 93 du B. G. B.). Ainsi ces dispositions tiennent-elles à la fois de l'immobilisation par nature à la suite d'une incorporation et de l'immobilisation par destination. Dérogeant à ces principes, le § 997 va permettre au possesseur, obligé à restitution, de revenir sur cette incorporation, en conservant la chose incorporée, si cela est encore matériellement possible (399).

Plus significative est la disposition du § 999 du B. G. B., dans la mesure où elle prévoit que "le possesseur peut demander le remboursement des impenses faites par un possesseur antérieur dont il est l'ayant cause, dans la mesure où ce possesseur aurait pu le demander s'il avait eu à restituer la chose". L'alinéa 2 précise que "l'obligation du propriétaire de rembourser les impenses s'étend même à celles qui ont été faites avant qu'il n'acquiert la propriété". Autrement dit, le § 999 a été édicté en prévision des cas où la possession comme la propriété serait transmise. Son premier intérêt est de permettre au possesseur actuel de réclamer le remboursement des impenses faites par le possesseur précédent. Deux conditions doivent cependant être réunies. L'actuel possesseur doit avoir succédé juridiquement à la possession de son prédécesseur. Il doit donc y avoir eu une transmission de la possession, soit à titre particulier, soit à titre universel. Ensuite, l'action qu'exerce le possesseur actuel est en réalité celle qu'aurait pu exercer son prédécesseur : c'est dire qu'il est normal qu'elle se limite aux droits qu'aurait eu ce dernier. Le second avantage attaché au § 999 est de permettre que l'action soit dirigée contre l'actuel propriétaire, alors que les impenses sont antérieures à son droit. Toutefois, cette dernière possibilité est exclue si le propriétaire a acquis son droit à la suite d'une vente forcée aux enchè-

---

(399) Le § 998 s'inspire des mêmes principes pour les appliquer en matière de fonds agricole.

res (400). A examiner de plus près la portée du § 999 du B. G. B., celui-ci n'apparaît en fait comme une solution originale qu'en cas de transmission de la possession à titre particulier et sur ce point la solution du B. G. B. n'a pas d'équivalent en droit français. Mais s'agissant d'une transmission à titre universel, en droit français comme en droit allemand, les règles successorales permettent de parvenir à un résultat identique.

319. - Afin de garantir l'efficacité des règles permettant au possesseur évincé d'obtenir le remboursement des impenses, les deux législations lui octroient un droit de rétention. La solution est indiscutée en droit français, bien qu'elle ne soit consacrée dans aucune disposition du Code civil. Il s'agit là d'une faveur jurisprudentielle et qui, comme telle, ne concerne que le possesseur de bonne foi (401).

A l'inverse, le B. G. B. s'est montré particulièrement minutieux en accordant non seulement un droit de rétention, mais en recherchant aussi des solutions plus originales. C'est au § 1000 du B. G. B. qu'il revient de consacrer l'existence d'un droit de rétention. Cependant, la portée de ce texte ne peut se comprendre qu'à la lecture du § 1001. Cette dernière disposition vise les conditions de mise en oeuvre de l'action en remboursement des impenses et exige deux conditions alternatives (402). La première fait dépendre l'action en remboursement du recouvrement du bien par le revendiquant. Ce n'est donc qu'à partir du moment où le propriétaire retrouve la possession de son bien que le possesseur évincé peut faire valoir ses droits. Mais le remboursement sera également possible si le revendiquant ratifie les impenses, soit de manière expresse, soit de manière tacite en acceptant le bien sous réserve des droits du possesseur

(400) § 93 Z. V. G. - STAUDINGER, § 999, 3.

(401) WEILL, op. cit., n° 531.

(402) § 1001 du B. G. B. : "Le possesseur ne peut faire valoir son droit au remboursement des impenses que si le propriétaire recouvre la chose ou ratifie les impenses faites. Tant que les impenses ne sont pas ratifiées, le propriétaire peut se libérer du remboursement en rendant le bien. La ratification est réputée être faite lorsque le propriétaire accepte la chose que le possesseur lui offre sous réserve de ce droit au remboursement".

évincé (403). Le propriétaire conserve un moyen de refuser toute indemnisation en rendant le bien au possesseur, mais cette restitution ne vaudra libération que s'il n'y a pas eu ratification des impenses. Avec la restitution du bien, on revient à la situation antérieure qui se résoudra éventuellement sur le terrain du § 1003.

Le mécanisme du § 1001 réduit singulièrement la portée du droit de rétention. Celui-ci n'interviendra tout d'abord que si le propriétaire a ratifié les impenses et qu'il veut reprendre son bien sans vouloir exécuter ses obligations. Le droit de rétention conserve également un intérêt lorsque le propriétaire, après avoir ratifié les impenses et après avoir repris la chose, la rend au possesseur. Il est nécessaire dans ce cas qu'il y ait eu ratification et prise de possession. En effet, on sait que si le propriétaire peut se libérer en rendant la chose, cette restitution ne le libère pas des ses obligations, si auparavant il avait ratifié les impenses (404). En pareille circonstance, les droits du possesseur sont intacts et peuvent être sauvegardés par son droit de rétention (405). En réalité, celui-ci n'est pour le possesseur allemand qu'une mesure complémentaire : l'essentiel pour ce dernier est de ne pas se défaire du bien, sans avoir obtenu expressément, ou tacitement, la ratification des impenses. D'ailleurs, si tel n'était pas le cas, le possesseur risquerait de se voir opposer les délais de prescription du § 1002 (406).

---

(403) B. G. H. 14 décembre 1964, N. J. W. 1965, 340-B. G. H. 17 décembre 1958, N. J. W. 1959, 528.

(404) Cf. § 1001, note 402-BAUR, op. cit., § 11,C, IV, 4.

(405) Encore faut-il souligner que l'on peut estimer que si le bien revient entre les mains du possesseur, le droit de rétention ne survit pas : B. G. H. 18 décembre 1968, B. G. H. Z. 51, 250.

(406) § 1002 alinéa 1 du B.G.B. "Lorsque le possesseur restitue la chose au propriétaire, le droit au remboursement des impenses s'éteint à l'expiration d'un délai d'un mois et, s'il s'agit d'un immeuble, à l'expiration d'un délai de 6 mois à partir du jour de la restitution, à moins qu'auparavant, on ait fait valoir ce droit en justice ou que le propriétaire n'ait ratifié les impenses".

Le droit de rétention n'étant qu'une mesure de sauvegarde, on risque de déboucher sur une impasse ; il suffit que d'un côté le revendiquant se refuse à ratifier les impenses et que de l'autre le possesseur retienne le bien. Pour sortir de ce dilemme, le possesseur peut recourir au § 1003. Selon ce texte, le possesseur doit commencer par indiquer au revendiquant le montant des impenses qu'il réclame et lui laisser un délai pour les ratifier. La suite dépend de l'attitude du propriétaire. Si ce dernier ignore l'offre du possesseur, celui-ci peut alors se payer sur le bien en suivant les règles du gage, s'il s'agit d'un meuble, et celles de l'exécution forcée, s'il s'agit dun immeuble. Une ratification qui interviendrait entre-temps, mettrait fin à ces procédures. Si, par contre, le propriétaire accepte l'offre, on retombe dans les prévisions du § 1001. Mais il se peut que le propriétaire conteste la demande dans son principe ou dans son montant. Le possesseur doit alors demander au tribunal d'établir sa créance. Les juges fixeront un délai au propriétaire, et ce n'est que si ce dernier ne ratifie pas au cours du délai que le possesseur pourra se payer sur le bien (407).

320. - Toutes ces dispositions, et plus particulièrement celles très complètes du droit allemand, témoignent du souci commun aux deux législations de parvenir à une protection du possesseur évincé aussi satisfaisante que possible. C'est là la seule analogie entre les deux droits. Concrètement leurs solutions divergent sensiblement, non pas tant parce que le droit allemand multiplie les dispositions particulières, mais parce que les deux législations ne se font pas la même idée des impenses. Dans la mesure où il est permis de dire que le B. G. B. a, d'un côté, une conception fort large des impenses nécessaires et que, d'un autre côté, il assimile aux impenses autres que nécessaires les impenses voluptuaires la situation des possesseurs français et allemand n'est guère comparable. Les impenses voluptuaires qui ne sont pas protégées en droit français, le sont en droit allemand et les impenses nécessaires du B.G.B. sont en partie ceux que le droit français considère comme seulement utiles. Il en résulte que, dans une certaine mesure, le remboursement des impenses est plus largement ac-

(407) STAUDINGER, op. cit., § 1003, 2.

cordé au possesseur allemand.

B) Les limites de la protection accordée au possesseur évincé.

321. - En droit français comme en droit allemand, le possesseur est essentiellement tenu de restituer le bien dont il est évincé. Cette obligation peut s'accompagner d'un certain nombre d'autres prestations. Ainsi le possesseur de mauvaise foi doit-il également restituer les fruits (408). Cependant, ce sont les conditions d'une éventuelle responsabilité du possesseur qui suscitent le plus d'intérêt, lorsque l'on est amené à comparer les deux droits. Entre les dispositions du droit français, qui en réalité ne sont que l'application des règles du droit commun, et celles du B. G. B., beaucoup plus importantes et spécifiques, il y a plus qu'une différence d'ordre formel ; en droit allemand, la situation du possesseur est sans conteste définie avec une très grande précision. Cela ne signifie pas qu'entre les deux législations les solutions soient totalement divergentes.

En France, il n'est guère contesté que le possesseur puisse être amené à indemniser le revendiquant des dommages subis par le bien. L'étendue de ses obligations variera selon sa bonne ou mauvaise foi. S'il est de bonne foi, il ne sera aucunement responsable des détériorations survenues à l'immeuble, qu'elles soient dues à son propre fait ou non. En cas d'aliénation du bien, seul le prix payé sera restitué et aucune restitution n'aura lieu en cas de transmission de la possession à titre gratuit (409). Cependant, même le possesseur de bonne foi peut voir sa responsabilité engagée. On admet ainsi qu'à partir de la demande introduite par le revendiquant, il est tenu de restituer les fruits perçus ou même ceux qu'il a négligé de percevoir. De même il répond alors des détériorations arrivées par sa faute (410). En revanche, le possesseur de mauvaise foi répond de tous les dommages, y

---

(408) Cf. infra, n° 440,et s. Cette question ressort des fonctions acquisitives de la possession.

(409) WEILL, op. cit., n° 529-AUBRY et RAU limite cette règle aux seuls cas de revendication immobilière en invoquant l'article 1381 du Code civil ; op. cit. n° 322.

(410) WEILL, op. cit., n° 529 - CARBONNIER, op. cit., n° 69, p. 245.

compris ceux imputables à un cas fortuit(411)Son seul recours est de démontrer que les détériorations se seraient également produites si l'immeuble avait été sous la garde du véritable propriétaire (412). Enfin, il est toujours tenu de restituer la valeur intégrale des biens dont il aurait disposé.

Ainsi la méthode du droit français apparait-elle en la matière comparable à celle dont il use à propos des impenses. Ce n'est qu'en tirant argument de certaines dispositions du Code civil qu'il parvient à élaborer le régime juridique des indemnités dues par le possesseur.

322. - Au contraire, le B. G. B. a pris soin de préciser par des dispositions particulières les conditions de la responsabilité du possesseur évincé (§§ 987 à 993). Ce faisant, il a également accordé au possesseur de bonne foi le droit de conserver les fruits (413). Si, de cette manière, les règles du droit commun de la responsabilité civile se trouvent écartées, c'est qu'elles auraient été inapplicables ; elles auraient eu pour effet de sanctionner des actes que le possesseur accomplit précisément parce qu'il se croit propriétaire (414).

La mise en oeuvre des dispositions particulières du B. G. B. suppose que soit distingué le possesseur de bonne foi du possesseur de mauvaise foi. S'il est de bonne foi, le possesseur n'encourt aucune responsabilité, à condition toutefois de demeurer dans les limites de son droit (415). Cependant cette faveur ne dure que jusqu'au moment où l'action en revendication est introduite par le proprié-

---

(411) On se réfère à l'article 1379 in fine.

(412) Comp. l'article 1302 alinéa 2 du Code civil.

(413) Cf. infra, n° 440 et s.

(414) Les règles de la responsabilité civile peuvent néanmoins occuper une certaine place ; cf. infra, n° 325.

(415) WOLFF-RAISER, op. cit., § 85, III, 1.

taire (416) . Au delà, aux termes du § 989 du B. G. B., le possesseur est tenu d'une double obligation : il ne doit pas endommager le bien et il doit être en mesure de le restituer. Mais il n'est tenu que de sa faute. Les dommages ou l'impossibilité de restitution qui résulteraient d'un cas fortuit échappent aux prévisions du § 989. Il faut cependant noter que les charges pesant sur le possesseur sont plus lourdes qu'en droit français. La doctrine allemande entend, en effet, le terme de dommages dans un sens très large ; ainsi estime-t-elle que les conditions du § 989 sont réunies, lorsque le bien a été depuis la litispendance grevé d'une hypothèque (417). De même, il y a dommage, lorsqu'en ne payant pas ses impôts, le possesseur rend possible la constitution d'une hypothèque judiciaire au profit du fisc (418). Autrement dit, l'acte dommageable peut tout aussi bien être matériel que juridique (419). Quant à la charge de la preuve, elle se partage : le propriétaire doit prouver le dommage ou le défaut de restitution, le possesseur doit établir l'absence de faute de sa part.

323. - Lorsque le possesseur est de mauvaise foi, sa responsabilité est aggravée à tous égards (420). Il répond des dommages et du

---

(416) § 989 du B.G.B. "Apartir de la litispendance, le possesseur est responsable envers le propriétaire du dommage résultant de ce que, par sa faute, la chose est détériorée ou perdue ou, pour toute autre raison, ne peut être restituée".V.KRANSE, Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989 - 993 B. G. B., 1965.

(417) STAUDINGER, op. cit., § 989, 1, b.

(418) R. G. 6 février 1933, R. G. Z. 139, 353 (357).

(419) PALANDT, op. cit., § 989.

(420) § 990 alinéa 1 du B. G. B. :"Lorsqu'au moment de son entrée en possession, le possesseur était de mauvaise foi, il est à partir de ce moment responsable à l'égard du propriétaire, conformément aux dispositions des §§ 987 et 989. Si le possesseur apprend par la suite qu'il n'a pas droit à la possession, il est responsable de la même manière à compter du jour où il en a eu connaissance".

défaut de restitution survenus avant ou après la litispendance. En outre, le § 990 du B. G. B. ne se contente pas d'exiger la bonne foi au moment de l'entrée en possession ; il suppose que par la suite le possesseur continue à ignorer son absence de droit. Est en principe de mauvaise foi, celui qui sait qu'il n'a aucun droit à la possession ou qu'il l'ignore par négligence grossière. Ainsi le possesseur n'est pas de bonne foi s'il se fonde sur des arguments juridiques qui, selon toute vraisemblance, n'ont aucune chance d'aboutir (421). La mauvaise foi peut également concerner un possesseur intermédiaire qui aurait acquis l'"Eigenbesitz" en sachant qu'il n'y est pas autorisé (422). Cependant la notion de mauvaise foi est relative, en ce sens que le possesseur peut être de bonne foi à l'égard du propriétaire et non à l'égard d'un tiers. Il est vrai que la mauvaise foi comprend des degrés selon le moment auquel elle est appréciée. Lors de l'acquisition de la possession, on lui assimile la négligence grossière. Mais par la suite, seule une connaissance directe de l'absence de droit peut engendrer la mauvaise foi (423). En pareille circonstance, les juges du fond disposent d'ailleurs du plus large pouvoir d'appréciation (424). Une seule hypothèse présente quelques difficultés. Comment et à l'égard de qui s'apprécie la mauvaise foi, lorsque la possession a été acquise par un détenteur subordonné (425) ? Lorsque le "Besitzherr" est de mauvaise foi, peu importe la bonne foi du détenteur subordonné. Le "Besitzherr" supportera dans tous les cas les conséquences de sa mauvaise foi. La solution devrait être en sens contraire si le "Besitzherr" est de bonne foi et le détenteur subordonné de mauvaise foi.

---

(421) B. G. H. 25 février 1960, B. G. H. Z. 32, 76.

(422) B. G. H. 29 octobre 1959, B. G. H. Z. 31, 129.

(423) STAUDINGER, op.cit., § 990, 2, b-PALANDT, op.cit., § 990, 1, b-RÖHL, "Zur Abgrezung der groben von der einfachen Fahrlässigkeit," J. Z. 1974, 522.

(424) STAUDINGER, op. cit., § 990, 2.

(425) Cf. supra, n° 121 et n° 207.

En réalité, cette hypothèse a provoqué nombre de discussions, tant en doctrine qu'en jurisprudence. Il s'agit, en fait, de savoir s'il est possible d'appliquer par analogie le § 166 du B. G. B. . Dans l'affirmative, la mauvaise foi du "Besitzdiener" rejaillit sur le "Besitzherr" (426). Cependant pareille solution conduit à considérer le "Besitzdiener" comme un représentant. Or l'on sait qu'en droit allemand il n'y a pas de place pour les mécanismes de la représentation. Il n'est donc guère étonnant que l'application par analogie du § 166 ait été vivement contestée (427). Quant aux tribunaux, ils se montrent fort circonspects. S'ils reconnaissent qu'en principe le § 166 est inapplicable, ils admettent néanmoins que la mauvaise foi du détenteur subordonné soit imputée au "Besitzherr", pour peu que l'on puisse reprocher à ce dernier d'avoir commis une négligence dans le choix du détenteur ou qu'effectivement le "Besitzdiener" agisse comme un représentant (428).

A la lumière du droit français, un dernier point doit être élucidé. Le possesseur français de mauvaise foi répond de tous les dommages, même de ceux qui ont pour origine un cas fortuit (429). De prime abord, telle n'est pas la solution du droit allemand. Le § 990 du B. G. B. ne précise-t-il pas que le possesseur de mauvaise foi n'est responsable que conformément aux dispositions des §§ 987 et 989 du B. G. B. ? Même de mauvaise foi, il ne saurait donc être tenu que de son comportement fautif.

---

(426) § 166 du B. G. B. alinéa 1 : "Lorsque les effets juridiques d'une déclaration de volonté sont affectés par un vice du consentement ou par certaines circonstances qu'on aurait connues ou dû connaître, ce n'est pas la personne du représenté, mais celle du représentant qui est prise en considération". Cf. LENT, op.cit., § 6, IV-R.G. 16 juin 1925, SEUFF. A. 79, n° 186-Cf.supra,n° 124.

(427) SOERGEL, op. cit., § 990, 9.

(428) B. G. H. 9 février 1955, B.G.H.Z. 16, 259-B.G.H. 9 février 1960, B.G.H.Z. 32, 53 ; J.Z. 1961, 24, note RAISER.-Cf. également : BIRK, "Bösgläubiger Besitzdiener-gutgläubiger Besitzherr"? J. Z. 1963, 354.

(429) Cf. infra, n° 321.

En réalité, l'alinéa 2 du § 990 dément pareille affirmation (430). La responsabilité aggravée qu'il prévoit fait que le possesseur répondra tant des pertes accidentelles que du simple retard (431). Cependant le dommage non fautif qui ne fait que détériorer la chose, échappe effectivement à toutes les prévisions de la loi. Et de ce point de vue, le B. G. B. manifeste une légère faveur envers le possesseur de mauvaise foi.

Les dispositions du § 990 s'étendent également aux hypothèses de dédoublement de la possession (432). Le système est relativement simple, puisque tout dépend du possesseur médiat. S'il est de bonne foi, le possesseur direct le sera également. Dans le cas contraire, et indépendamment de sa propre bonne foi, le possesseur direct se verra appliquer le § 990. Cependant sa responsabilité est limitée aux seuls avantages et profits ("Nutzungen") : les règles de l'alinéa 1er du § 991 ne concernent pas la réparation des dommages. Ainsi, dans les rapports possesseur direct-possesseur médiat, seule est prise en compte la situation du possesseur médiat ; ce dernier, contrairement au "Besitzherr", est donc protégé contre la mauvaise foi du possesseur direct. Quant à la réparation des dommages, elle ressort de l'alinéa 2 du § 991. Ce texte fait dépendre la responsabilité du possesseur direct de la "Besitzmittlungsverhältnis" (433). Tant que le possesseur direct agit dans le cadre de ses droits, et donc tant qu'il ne peut être tenu d'une obligation de réparation envers le possesseur médiat, sa responsabilité ne peut être mise en cause par le revendiquant. Cette solution se justifie pleinement : à l'égard du possesseur direct, il n'aurait pas été équitable de se référer aux règles concernant le possesseur de bonne foi, puisque le possesseur direct ne peut ignorer l'obligation de restitution qui

---

(430) "Une responsabilité plus étendue du possesseur en raison du retard demeure toujours possible".

(431) STAUDINGER, op.cit., §990, 3-SCHWERDTNER, op.cit. (n° 294, note 318), p. 101 et s.-BROX, "Die Haftung des Besitzers für Zufallschäden" J. Z. 1965, 516.

(432) § 991 alinéa 1.

(433) Cf. supra, n° 136.

pèse sur lui. Par conséquent, il aurait été systématiquement de mauvaise foi. C'est donc le lien qui l'unit au possesseur médiat qui déterminera les conditions de sa responsabilité.

324. - A côté des dispositions qui viennent d'être examinées, le B. G. B. a cru nécessaire de sanctionner spécialement le possesseur qui ne doit sa possession qu'à un acte illicite ou délictueux (434). En fait, c'est moins une sanction spécifique qu'un retour à l'application en pareille circonstance des règles du droit commun. Le § 992 du B. G. B. sanctionne donc la possession obtenue de manière illicite. Est-ceàdire que la mauvaise foi accompagne nécessairement une telle possession ? Ce n'est pas certain, même si cela semble correspondre à l'hypothèse la plus probable. Ainsi, celui qui se croit propriétaire, mais qui entre en possession du bien au moyen d'un acte illicite, encourt les foudres du § 992 sans être de mauvaise foi (435). En revanche, la faute est une condition nécessaire dans la mesure où l'on va appliquer le § 823 du B. G. B.. Quant au fait illicite, il est celui qui définit le § 858 du B. G. B. (436).

En réalité, la seule question qui se pose à propos du § 992 a trait à sa portée. Doit-on décider que dans les rapports entre le possesseur évincé et le revendiquant, le recours à la responsabilité délictuelle est limité à la seule hypothèse du § 992 ou le revendiquant a-t-il dans tous les cas le choix ? Cette interrogation est l'une des questions les plus discutées en droit allemand. Elle ne s'est pas posée à propos du seul § 992, mais elle concerne l'ensemble des règles issues des §§ 987 à 993.

325. - Le B. G. B. ayant pris soin de régler la situation du possesseur par des textes spéciaux, doctrine et jurisprudence ont été conduits à s'interroger sur leur portée. Le revendiquant est-il limité par ces dispositions particulières ou peut-il recourir aux

---

(434) § 992 du B.G.B.:"Si le possesseur est entré en possession grâce à un fait illicite ou à un acte délictueux, il est tenu envers le propriétaire conformément aux dispositions relatives aux dommages-intérêts pour actes illicites".

(435) STAUDINGER, op. cit., § 992, 3, c.

(436) Cf. supra, n° 238.

règles du droit commun ? Autrement dit, le possesseur est-il en droit de s'en tenir aux seuls §§ 987 et suivants, ou risque-t-il de voir sa responsabilité mise en cause selon les dispositions du droit commun (437) ?

En principe, les règles de la responsabilité civile n'ont ici qu'un rôle subsidiaire, et l'on s'accorde généralement à reconnaître qu'à leur égard les dispositions des §§ 987 et suivants sont d'application exclusive. Pour la doctrine, le possesseur évincé ne peut voir sa responsabilité mise en cause que sur le fondement des dispositions qui lui sont relativement favorables et la jurisprudence confirme ce point de vue (438). Deux questions demeurent cependant controversées. La première a trait au possesseur direct intermédiaire, au "Fremdbesitzer" (439). Normalement, à son égard, les conséquences de l'action en revendication sont du ressort du § 991 du B. G. B. (440). Selon cette disposition, le possesseur intermédiaire n'est responsable que pour autant qu'il l'est également à l'égard du possesseur médiat. Seul

---

(437) Pour un aperçu général des conflits possibles entre les règles du droit commun et les textes particuliers concernant les conséquences de l'action en revendication, cf. notamment : DIMOPOULOS-VOGIKIS, Die bereicherungs-und deliktsrechtlichen Elemente der § 987-1003 B.G.B., 1966-WIELING, "Zur Dogmatik des Schadensersatzes im Eingentümer-Besitzer Verhältnis", M.D.R. 1972,645-PINGERT, "Die Nebenfolgen der Vindikation im Anspruchsystem des B. G. B., J. R. 1973, 268.

(438) BAUR, op. cit., § 11, B, II-WOLFF-RAISER, op. cit., § 85, I,2-STAUDINGER, op. cit., Rem. prél. § 987, 1 et s.-PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 987, 2 - B.G.H. 18 décembre 1951, N.J.W. 1952, 257 - B.G.H. 10 avril 1963, Z.F. IX, n° 2178-B.G.H. 31 Mars 1971, N. J. W. 1971, 1358, B.G.H.Z. 56, 73 (77).

(439) Cf. supra, n° 135 et n° 157 et s.

(440) Cf. supra, n° 323.

un dépassement des limites que lui fixe la "Besitzmittlungsverhältnis" est donc propre à susciter une responsabilité de sa part. Mais que décider si la "Besitzmittlungsverhältnis" est nulle et qu'il y a eu dépassement des pouvoirs de la part du possesseur direct ? En pareille hypothèse, ce dernier n'est pas nécessairement de mauvaise foi ; simplement, il a dépassé ce qu'il croyait être son droit de possession (441) . S'il est de bonne foi, il risque d'échapper à la fois au § 991 et à toutes les sanctions prévues pour un possesseur de mauvaise foi. Doctrine et jurisprudence ont alors estimé qu'il serait injuste que le "Fremdbesitzer" n'engage pas sa responsabilité en cas de dépassement de pouvoirs ("Fremdbesitzerexzess"). Et c'est ainsi que lui sont appliquées les règles de la responsabilité civile du § 823 du B.G.B. (442). S'inspirant de ces principes, la Cour Fédérale de justice a condamné un mineur à réparer les dégâts commis à une voiture qu'il avait empruntée sans l'autorisation de ses parents. Aux yeux du juge, ce mineur était un possesseur irrégulier, puisqu'il n'y avait pas eu consentement des parents ; cela ne l'empêchait pas d'être de bonne foi. En endommageant le véhicule, il commettait un acte que n'aurait pas eu le droit de faire même un possesseur régulier. C'est ce dépassement de pouvoir qui est sanctionné par le recours au § 823 du B. G. B. (443). Une voix s'est cependant élevée pour contester le bien-fondé de cette solution ; elle estime qu'il aurait été préférable d'assimiler le "Fremdbesitzer" à un possesseur de mauvaise foi, de telle sorte que le § 990 puisse lui être appliqué. L'intérêt résiderait dans le délai de prescription qui est de 30 ans et non de 3 ans comme dans le cadre du § 823 (444).

---

(441) PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 987, 1, b.

(442) B. G. H. 23 mars 1966, B. G. H. Z. 46, 140 (146)-BAUR, op.cit., p. 85-MEDICUS, op. cit., § 23, IV-PALANDT, op.cit., Rem. prél. § 987, 1, b-LENT, op. cit., § 45, IV.

(443) B. G. H. 19 juin 1973, N.J.W. 1973, 1790 commenté par MEDICUS in JuS 1974, 221.-V. également KOETHER-RUCHATZ, "Die Haftung des Minderjährigen auf Schadensersatz nach§§989, 990 B.G.B.", N. J. W. 1973, 1444.

(444) WOLFF-RAISER, op. cit., p. 336.

La seconde controverse à propos de l'application exclusive des §§987 et suivants porte sur le § 992 (445). Pour certains, cette disposition marque clairement la volonté du législateur de limiter le recours au droit délictuel à la seule hypothèse où l'acquisition de la possession s'est faite grâce à un acte délictueux ou illicite ("Deliktsbesitz") (446) . En réalité, cette analyse ne s'impose pas. Il est possible de donner une autre interprétation du § 992 ; il peut vouloir signifier que dans les circonstances qu'il prévoit, le possesseur perd tous les avantages des § 987 à 991 et qu'en plus le propriétaire peut intenter contre lui une action en dommages-intérêts (447). Peut-être convient-il, en définitive, d'y voir un simple recours direct aux règles du droit commun, lorsque certaines conditions particulières sont réunies, recours dont on ne saurait tirer de conclusions générales.

326. - Ayant ainsi pris la mesure des dispositions propres à régler les conflits pouvant survenir entre un propriétaire revendiquant et un possesseur évincé, il est permis de conclure en constatant à quel point il était justifié de parler à leur propos de protection du possesseur. Certes, toutes ces règles ont pour origine le fait matériel que constitue la possession, et sans elle rien n'est possible. Mais, en réalité, leurs conséquences concernent directement le possesseur. Cela est vrai en ce qui a trait à la fonction probatoire de la possession. Mais cela se vérifie surtout dans la situation privilégiée faite par la loi au possesseur évincé. Au moment même où réussit l'action en revendication du propriétaire, et où se trouve ainsi démontrée l'absence de droit du possesseur, c'est à ce dernier que la loi réserve toutes ces faveurs, même si en contre-partie certaines obligations sont mises à sa charge. En pareille circonstance, c'est donc bien la personne du possesseur qui est protégée et non la possession à laquelle il est mis fin. Cette idée se retrouve aussi bien en droit français qu'en droit allemand, quelles que soient les divergences dans ses modalités d'application.

---

(445) Cf. supra, n° 324.

(446) STAUDINGER, op. cit., § 992, 2.

(447) STAUDINGER, ibidem-Comp. MEDICUS, op. cit., § 23, IV.

* * * *

327. - Au terme de cette étude sur la protection possessoire, nous croyons pouvoir dégager ce qui sera l'un des traits caractéristiques du rapprochement entre le droit français et le droit allemand. Tous deux, à partir de notions totalement divergentes, voire irréductibles l'une à l'autre, parviennent en pratique à des solutions fort comparables. Et si tel est le cas, c'est que les deux législations s'accordent à considérer l'intérêt majeur de la possession dans le fait qu'elle est protégée pour elle-même. Adoptant un fondement de la protection possessoire identique, il n'est guère étonnant que dans une large mesure le B. G. B. et le Code civil se rejoignent; à cet égard, la loi du 9 juillet 1975 a été particulièrement décisive pour l'évolution du droit français. Bien évidemment, de nombreux points de discordance subsistent, et malgré la récente évolution du droit français, le droit allemand continue d'apparaître sur certains points beaucoup plus libéral. A bien des égards, son système de protection possessoire est plus souple ; mais alors on peut craindre qu'en pratique les différences avec d'autres procédures ne s'estompent, au point qu'il doive leur céder sa place. Il est vrai, et c'est là un autre point de convergence, que ce risque existe également en droit français. Dès lors, pour tenter de l'éviter, il est permis de ne pas souhaiter un alignement complet des solutions françaises sur celles du droit allemand.

CHAPITRE II : LA POSSESSION, MODE D'ACQUISITION DES DROITS REELS.

328. - La possession ne vaut que par ses effets, et son premier mérite est d'être protégée. A elle seule, cette protection suffit à expliquer l'importance et l'intérêt qu'on lui reconnait dans les deux droits. Mais la protection possessoire n'est, somme toute, qu'une situation aux conséquences limitées. Seul l'état de fait est protégé, et si parfois le droit du possesseur peut s'en trouver définitivement consolidé, l'essentiel de la protection possessoire vise au maintien du statu quo. Il n'en est pas toujours ainsi. La possession recèle un véritable pouvoir créateur qui, sous certaines conditions, permet de passer du fait au droit. La situation est alors totalement renversée. Ce qui, au départ, devait se limiter à n'être qu'un état de fait, finit par se transformer en un état de droit. Pareille mutation est largement facilitée par les conceptions françaises (1). Celles-ci ignorant toute possession qui ne serait pas l'exercice d'un droit réel, il n'est guère étonnant qu'en certaines circonstances le fait finisse par faire acquérir le droit. La solution est plus originale pour le droit allemand (2). En consacrant néanmoins la fonction acquisitive de la possession, le B. G. B. a été conduit à adopter des solutions fort comparables à celles du droit français. IL n'y est parvenu qu'en aménageant ses propres concepts. C'est dire que les deux législations aboutiront à des solutions pratiquement identiques, grâce à une démarche analogue à celle effectuée en matière de protection pos-

(1) Cf. supra, n° 12 et s.

(2) Cf. supra, n° 22 et s.

sessoire. Mais alors que dans ce dernier domaine, c'est en droit français que les solutions contredisent les principes, c'est ici le droit allemand qui se voit obligé d'écarter sensiblement ses conceptions originaires.

Ainsi, la possession est-elle effectivement un mode d'acquisition des droits réels. Tous les droits réels sont d'ailleurs concernés, mais dans le cadre de cette étude l'on se limitera au premier d'entre eux, le droit de propriété. A cet égard, si le principe retenu est commun au Code Civil et au B. G. B., les deux législations sont loin d'avoir abandonné toute leur spécificité ; il ne peut être fait abstraction de certaines règles ou de certaines institutions qui constituent leurs modes normaux d'acquisition de la propriété. Cela oblige à distinguer, en matière d'acquisition de la propriété par la possession, les questions mobilières (Section I) et les questions immobilières (Section II). Enfin, une place doit être réservée à l'acquisition des fruits et revenus, dans la mesure où elle n'intervient que lorsqu'il s'agit de liquider le contentieux entre un propriétaire revendiquant et un possesseur évincé (Section III).

Section I : Acquisition de la propriété mobilière.

329.-En matière d'acquisition de la propriété mobilière, les hypothèses sont multiples et présentent des modalités fort différentes. Une première situation doit être distinguée, car contrairement à toutes les autres, elle ne suppose pas un conflit entre une possession et un droit de propriété. Bien au contraire, il s'agit de circonstances où le droit de propriété est en quelque sorte offert à celui qui s'en emparera le premier, c'est à dire à celui qui réalisera l'occupation d'un bien (Sous-section I). En revanche, dans d'autres situations, c'est le plus souvent au détriment des droits du véritable propriétaire que la possession fera triompher le droit du possesseur. Cela est certainement vrai en cas d'acquisition "a non domino" (Sous-section II). Mais cela peut également se vérifier lorsque la possession ne fait que présumer l'existence d'un titre et que, grâce à cette présomption, le possesseur peut opposer un droit de propriété à celui dont il détient le bien (Sous-section III). La prescription acquisitive mobilière participe de la même idée, du moins en droit allemand, tant il est vrai qu'en

droit français elle est d'une utilité restreinte (Sous-section IV).

Sous-Section I : L'Occupation.

330. - En principe, occupation est synonyme de prise de possession (3). Mais, en réalité, seules importent les conséquences juridiques attachées à un tel acte. L'occupation n'est significative que dans la mesure où la prise de possession s'accompagne d'une acquisition de la propriété. De ce point de vue, l'occupation recouvre des situations très diverses, en raison même du rôle que la possession peut être amenée à y jouer. Dans une première série de cas, la possession se suffit à elle-même, puisqu'il y a acquisition de la propriété du seul fait de l'appropriation (§ 1). En revanche, dans d'autres circonstances, la possession n'intervient que subsidiairement. Elle n'est alors que la conséquence d'un acte particulier et préalable, l'invention (§ 2).

§ 1 : - L'appropriation.

331. - L'appropriation réalise certainement le mode d'acquisition qui correspond le plus exactement à la notion d'occupation (4). Se traduisant par une prise de possession, à elle seule suffisante pour faire acquérir la propriété, elle ne peut concerner que des biens non appropriés. Dans cette mesure, elle s'oppose à l'invention qui, elle, porte sur des choses dont le propriétaire existe, mais ne se manifeste pas (5). Destinée à faire acquérir un droit de propriété, l'appropriation doit présenter certaines conditions et, de ce point de vue, les solutions allemandes sont particulièrement intéressantes, puisqu'el-

---

(3) Le sens du mot "occupation" varie en fonction des circonstances qui la motivent et de la nature du bien sur lequel elle s'exerce. V. SEBAG, Encycl. Delloz, Rép. civ. 2ème Ed., v° Occupation, n°1ets.

(4) A tel point que certains estiment qu'elle seule mérite d'être qualifiée d'occupation : MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 414.

(5) Cf. infra, n° 335.

les sont identiques à celles du droit français.

332. - En tant que mode d'acquisition de la propriété, l'occupation a pour domaine privilégié tous les biens qui, au moment de la prise de possession, ne font l'objet d'aucune appropriation. Seule cette condition permet de conférer à l'occupant un droit réel de propriété, droit qu'il ne tiendra d'aucune autre personne.

Aussi bien en droit français qu'en droit allemand, pareil mode d'acquisition n'est offert que pour les biens meubles. En Allemagne, cela résulte des dispositions du § 958 du B. G. B. (6). En droit français les textes n'offrent aucune indication. Bien au contraire, la lettre de l'article 713 du Code civil devrait conduire à attribuer à l'Etat tous les biens sans maître. Cependant, il est unanimement admis que cette disposition ne concerne que les immeubles. Seuls ces derniers font partie intégrante du territoire national et comme tels retournent à l'Etat en cas d'abandon (7). Ainsi l'appropriation est-elle réservée aux meubles. Encore faut-il souligner qu'il ne peut s'agir que de meubles corporels (8).

La première catégorie de biens susceptibles d'être appropriés de cette manière est constituée par les choses qui n'ont jamais fait l'objet d'un droit de propriété. Cela concerne ce que l'on appelle communément les "res nullius". En France comme en Allemagne, ce sont les produits de la chasse et de la pêche qui fournissent l'essentiel des biens de cette catégorie. Et dans les deux législations, leur appropriation ne soulève guère de difficultés. Ainsi le chasseur ou le pêcheur deviennent-ils propriétaires par occupation du gibier ou des poissons dont ils se sont emparés. En principe, les dispositions du droit administratif et du droit pénal que l'on peut rencontrer en ces matières sont sans influence sur les mécanismes de l'appropriation

---

(6) § 958 alinéa 1 : "Quiconque prend possession à titre de propriétaire d'une chose mobilière sans maître en acquiert la propriété".

(7) WEILL, op. cit., n° 428-CARBONNIER, op. cit., n° 80, p. 283-Cf. article 27 bis du Code du Domaine de l'Etat ; la solution est identique en droit allemand ; cf. § 928 du B. G. B. .

(8) CARBONNIER, ibidem-SEBAG, op.cit. (n° 330, note 3), n° 11.

qui relèvent du seul droit civil (9). En fait, il peut en aller autrement et l'appropriation ne saurait intervenir que sous réserve de la propriété privée d'autrui et de l'observation des règlements administratifs. Cela ne signifie pas que l'appropriation en dépende, mais qu'il peut se faire que le bien ne peut plus être considéré comme vacant. C'est ce qu'explique l'alinéa 2 du § 958 du B. G. B. et qu'illustre le § 960 (10). Le premier obstacle à l'acquisition de la propriété peut donc avoir une origine légale. Il en sera ainsi de certaines lois interdisant la capture de tel ou tel animal (11). En matière de chasse ou de pêche, le droit d'occupation appartient en outre le plus souvent à un tiers dont il faudra respecter les prérogatives. Le droit français connaît les mêmes réserves. Ainsi, en matière de pêche, on distingue les eaux libres et les eaux fermées. S'agissant des premières, la pêche y est règlementée, mais cette règlementation n'empêche pas le jeu des règles de l'occupation. Au contraire, en eaux closes, le poisson est déjà approprié et ne peut donc faire l'objet d'une nouvelle prise de possession (12). Quant à l'attribution de la propriété d'un essaim d'abeilles, si en droit français elle a été réglée par le seul article 109 du Code rural, elle n'occupe pas moins de quatre paragraphes du B. G. B. (§§961 à 964).....

---

(9) CARBONNIER, op. cit., n° 80, p. 284.

(10) § 958 alinéa 2 :"La propriété n'est pas acquise lorsque l'appropriation est interdite par la loi ou que la prise de possession est faire en violation du droit d'appropriation d'une autre personne".

§ 960 : "Les animaux sauvages sont sans maître tant qu'ils se trouvent en liberté. Ceux des parcs zoologiques ainsi que les poissons des étangs ou autres eaux privées ne sont pas sans maître. Lorsqu'un animal sauvage capturé recouvre sa liberté, il redevient sans maître si le propriétaire ne le poursuit pas sans délai ou si la poursuite est abandonnée. Un animal apprivoisé devient sans maître lorsqu'il perd l'habitude de revenir à l'endroit qui lui est destiné".

(11) STAUDINGER, op. cit., § 958, 5.

(12) Cf. GOUBEAUX, sous Civ. 3e, 18 juillet 1973, J.C.P. 1974, II,17672.

A côté des "res nullius", une place doit être faite aux biens qui ont été appropriés, mais qui ont été volontairement abandonnés par leurs propriétaires, si bien que l'on se trouve en présence de "res derelictae" (13). Il s'agit donc d'objets mobiliers qui ne sont pas simplement perdus, mais qui ont été abandonnés avec la volonté de les laisser au premier venu (14). Autrement dit, le simple abandon de la possession ne réalise pas nécessairement un abandon de propriété. Il faut que le propriétaire se soit débarrassé du bien avec la volonté de se défaire également du droit de propriété. ("Animus derelinquendi"). Ainsi l'abandon est-il un acte juridique nécessitant une volonté concordante (15). Dans cette mesure, il n'y a pas abandon lorsque le possesseur d'un meuble le confie à un tiers (16). Ces précisions sont particulièrement importantes, car seules les choses non appropriées ("herrenlose Sachen") peuvent faire l'objet d'une appropriation proprement dite, alors que les choses simplement égarées ("besitzlose Sachen") ne sont soumises qu'aux règles de l'invention (17). Et il est vrai qu'en définitive toute la difficulté de cette question réside dans la preuve de la volonté d'abandon de la part du propriétaire (18).

---

(13) WEILL, op. cit., nº 428 - CARBONNIER, op. cit., nº 80, p. 284 - STAUDINGER, op. cit., § 958, 1 et s.

(14) § 959 du B. G. B. "Une chose mobilière devient sans maître lorsque le propriétaire en abandonne la possession dans l'intention de renoncer à son droit de propriété".

(15) PALANDT, op. cit., § 958, 1 - HEDEMANN, op. cit., § 26, II, 3.

(16) R. G. 28 octobre 1913, R. G. Z. 83, 223 (229).

(17) Cf. infra, nº 335.

(18) Cf. FRITSCHE, "Das Verhältnis von Dereliktion und Vernichtungsabsicht", M. D. R. 1962, 714.

333. - Puisque la possession conduit ici à la propriété, il n'est guère étonnant qu'il doit s'agir d'une possession utile, c'est-à-dire exempte de vices et exercée à titre de propriétaire. Pareille condition ne soulève aucune difficulté en droit français : à condition d'être exempte de vices, la possession répondra toujours aux conditions de l'occupation, puisque le Code civil ignore toute possession qui ne serait pas une possession "animo domini" (19).

Ce sont ici les solutions allemandes qui présentent le plus d'intérêt. En précisant que l'appropriation se réalise par une prise de possession faite à titre de propriétaire ("Eigenbesitz"), le § 958 aligne les règles du B. G. B. sur celles du Code civil. Ainsi,alors que les deux législations se font de la possession une idée totalement différente, elles posent les mêmes exigences lorsque la possession est susceptible de faire acquérir la propriété. C'est donc en se faisant tour à tour violence à eux-mêmes, que les deux droits parviennent à concilier leurs points de vue.

Ainsi la "Gewalt", tout en réalisant le pouvoir de maîtrise sur un bien, n'est-elle qu'une des conditions de l'appropriation. Le corpus doit en l'occurrence être nécessairement accompagné d'un animus domini. C'est souligner que ce dernier joue effectivement en droit allemand un rôle comparable à celui tenu par les vices de la possession (20). Totalement inutile lorsqu'il s'agit de cerner la notion de possession, l'animus domini devient une condition nécessaire pour que certains effets juridiques puissent être rattachés à la "Gewalt" (21). Les règles de l'appropriation peuvent ainsi être interprétées comme étant un nouvel exemple du rapprochement entre les deux législations sur le terrain des effets de la possession.

---

(19) Cf. supra, n° 98 et s.

(20) Cf. supra, n° 160 et 161.

(21) Cf. supra, n° 162.

§ 2 : L'invention.

334. - L'invention suppose la découverte par un individu d'un objet mobilier dont il prend possession. Contrairement à l'appropriation, l'invention ne repose pas entièrement sur la prise de possession. Celle-ci n'est qu'un moyen de concrétiser la découverte de l'inventeur et de garantir ses droits pour l'avenir. La situation juridique du bien découvert peut varier sensiblement d'un cas à l'autre. Un meuble peut ainsi être trouvé sans possesseur, mais dans des circonstances qui donnent à penser qu'il a toujours un propriétaire, même si ce dernier demeure inconnu. Juridiquement, on est alors en présence d'une épave (A). Cependant, le terrain privilégié de l'invention demeure la découverte d'un trésor, mais on peut alors se demander quel est encore le rôle de la possession (B).

A) Les épaves.

335. - Les épaves sont des biens mobiliers qui apparemment ne sont possédés par personne, mais qui en réalité n'ont jamais été abandonnés. On ne saurait donc les assimiler aux "res derelictae" (22). Au sens large du terme, la notion d'épaves englobe tous les biens sortis de la possession de leur propriétaire, lequel demeure inconnu au moment de la découverte. Ainsi, "si une épave est bien une chose "perdue", toute chose "perdue" n'est pas nécessairement une épave" (23) ; l'épave continue d'être un bien approprié, mais dont le propriétaire ne se présente pas (24). Ce point de vue est largement commun au droit français et au droit allemand. Les auteurs allemands insistent tout particulièrement sur la nécessité de distinguer les biens perdus ("besitzlose Sachen") et les biens abandonnés ("herrenlose Sachen"). En fait, le bien est perdu à partir du moment où le possesseur n'exerce plus sur lui la "Gewalt". Et la perte peut s'analyser objectivement, en ce sens que la volonté du perdant est indifférente, sauf

(22) Cf. supra, n° 332 -V. MALABARD, La notion d'épave, Th.Paris,1939.
(23) SEBAG, op. cit. (n° 330, note 3), n° 28.
(24) CARBONNIER, op. cit., n° 81,p. 286.

si elle peut être interprétée comme réalisant un abandon de propriété (25). D'ailleurs, en elle-même, la perte peut être volontaire ou involontaire. Le plus souvent involontaire, elle sera cependant délibérée chaque fois que le propriétaire se sera débarrassé de certains objets sous l'effet d'une contrainte quelconque, mais avec l'intention de les récupérer par la suite (26).

Toutes les épaves ne relèvent pas du droit civil, du moins en droit français. Pour nombre d'entre elles, l'article 717 du Code civil renvoie à des lois particulières. En principe, ces dernières concernent surtout les épaves maritimes et fluviales qui sont attribuées à l'Etat (27). Certaines dispositions s'appliquent pourtant aux épaves terrestres comme les effets abandonnés après avoir été confiés à un entrepreneur de transport ou les objets abandonnés par les voyageurs chez un aubergiste ou un hôtelier (28). Mais on se limitera ici aux seules épaves terrestres relevant du droit commun.

Toutes les hypothèses d'épaves concernent donc des biens encore soumis à un droit de propriété. L'existence d'un tel droit empêche la possession d'intervenir aussi directement que pour les biens sans maître. C'est dire qu'il ne saurait être question, ni en droit français, ni en droit allemand, d'une acquisition immédiate de la propriété. Un certain nombre d'obligations et de droits vont peser sur l'inventeur (1°), et ce n'est qu'au bout d'un certain laps de temps qu'il parviendra à acquérir la propriété (2°).

---

(25) STAUDINGER, op. cit., § 965, 1 et s.- WOLFF-RAISER, op. cit., § 82, I.

(26) CARBONNIER, op. cit., n° 81, p. 287-STAUDINGER,op.cit., § 965,2.

(27) WEILL, op. cit., n° 435 et 436.

(28) WEILL, op. cit., n° 437, note 3. Cf. également les dispositions des §§978 à 983 du B. G. B. concernant les objets trouvés dans les bureaux ou dans les véhicules d'une administration publique ou d'une entreprise de transports publics. Jusqu'à présent ces objets échappaient à la règlementation de droit commun. Mais une loi du 19 juillet 1976 (B.G.Bl.I,1817) innove à leur égard à deux points de vue ; d'une part, elle les soumet au § 968 (Cf. infra, n° 337), d'autre part, elle prévoit un droit à récompense.

1° La situation de l'inventeur.

336. - La situation de l'inventeur varie sensiblement d'un droit à l'autre. Dans le cadre du B. G. B., elle fait l'objet d'une règlementation minutieuse, à un point tel que l'on avait cru pouvoir soutenir qu'entre l'inventeur et le propriétaire se créait une véritable "Besitzmittlungsverhältnis", faisant du premier un possesseur direct et du second un possesseur médiat. Mais cette opinion est aujourd'hui abandonnée (29). En revanche, les dispositions du droit français se caractérisent en la matière par leur laxisme.

Aux termes du § 965 du B. G. B., la première obligation de l'inventeur est de signaler sa découverte. L'inventeur doit bien entendu avertir en premier lieu celui qui a perdu le bien ou toute autre personne qui aurait qualité pour le recevoir. Cette dernière précision vise aussi bien le propriétaire, le possesseur médiat, que toute personne ayant un droit sur le bien, droit qui l'autoriserait à demander la restitution à l'inventeur (30). Lorsque l'inventeur ignore quels sont les ayants droit, l'alinéa 2 du § 965 l'oblige à faire une déclaration aux "autorités compétentes". Non seulement l'inventeur doit leur signaler sa découverte, mais il doit également fournir toutes les indications utiles à l'identification de celui qui a perdu le bien. Ce n'est pas à dire qu'une obligation particulière de renseignement pèse sur l'inventeur, mais ce dernier commettrait une négligence grossière en dissimulant des éléments propres à faire découvrir le propriétaire du bien. Cependant, pareille déclaration n'est exigée que pour les biens d'une valeur supérieure à 10 D. M. (31).

---

(29) PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 958, 1, c.-STRAUSS, Das Rechtsverhältnis am Fund, Diss. München, 1908, p. 32.

(30) STAUDINGER, op. cit., § 965, 24.

(31) Dans le B. G. B. la valeur avait été fixée à 3 D. M. . La revalorisation date de la loi du 19 juillet 1976 (B. G. Bl . I, 1817). Cf. BASSENGE, "Die Änderung des Fundrechts", N. J. W. 1976,1486. Cette loi s'applique à partir du 1er novembre 1976.

En droit français, les choses ne sont pas aussi nettes. En dehors des lois particulières auxquelles renvoie l'article 717 du Code civil, il n'existe à vrai dire aucune procédure ressortissant du droit civil. En principe, ce sont des règlements municipaux qui ont institué, dans les mairies ou dans les commissariats de police, des "bureaux des objets trouvés" et qui imposent aux inventeurs l'obligation d'y déclarer leurs trouvailles.

337. - Le possesseur allemand se voit confier la garde de la chose à partir du jour où il en a pris possession (§ 966 alinéa 1). La garde ainsi attribuée à l'inventeur a pour conséquence essentielle de l'empêcher de disposer du bien. L'inventeur peut cependant se soustraire à cette obligation. Il lui suffit, comme l'y autorise le § 967 du B.G.B., de restituer aux autorités compétentes, soit le bien lui-même, soit le prix de son adjudication. C'est une disposition libérale à l'égard de l'inventeur qui a ainsi la possibilité de se débarrasser de la trouvaille pour échapper à toute responsabilité. En pareille circonstance, c'est alors l'autorité qui, devenant seul possesseur, a l'obligation de veiller sur la chose ou le prix. Cette règle est d'autant plus favorable à l'inventeur, que ce dernier conserve tous ses droits à l'encontre du propriétaire (32).

Conséquence du droit de garde, le possesseur peut voir sa responsabilité mise en cause. Mais, très équitablement, le § 968 du B. G. B. dispose que"l'inventeur n'est responsable que de son fait intentionnel ou de sa négligence grossière".

Une seule atténuation de la responsabilité de l'inventeur existe : celle que prévoit le § 969 du B. G. B. . C'est un allègement dans la mesure où, en remettant le bien à celui qui l'a perdu, l'inven-

---

(32) § 975 du B. G. B. : "La remise aux autorités compétentes de la chose ou du prix d'adjudication laisse entiers les droits de l'inventeur. Si les autorités font vendre la chose aux enchères, le prix est subrogé à la chose. Elles ne peuvent remettre la chose ou le prix à un ayant droit qu'avec le consentement de l'inventeur".

teur est libéré à l'égard de tous ceux qui auraient eu un droit quelconque à recevoir le bien. Peu importe donc que la restitution soit faite à quelqu'un qui n'a aucun droit sur le bien, pourvu que ce soit à celui qui l'a perdu. Seule la restitution à un détenteur subordonné (33) peut susciter quelques difficultés, car la doctrine estime que, n'étant pas possesseur, ce n'est pas lui qui peut perdre un bien, mais le "Besitzherr". Si donc la personne à qui est remise le bien n'est que "Besitzdiener", cette remise ne libérera pas l'inventeur à l'égard du véritable ayant droit (34).

Aucun texte du Code civil français ne prévoit une quelconque obligation de garde à la charge de l'inventeur. Le plus souvent d'ailleurs, l'objet est déposé aux "bureaux des objets trouvés". Certes, la question de la garde peut se poser par la suite, puisque généralement à l'expiration d'un délai d'un an et d'un jour, les objets non réclamés sont restitués à l'inventeur et qu'en principe celui-ci en demeure simple possesseur (35). Et l'on ne peut songer alors à appliquer les règles destinées à liquider les rapports entre un revendiquant et un possesseur évincé (36).

L'inventeur ne peut ignorer son obligation de restitution : il sera donc toujours considéré comme un possesseur de mauvaise foi et responsable à ce titre de tous les dommages survenus au bien (37). Cette solution est peu équitable, et comme la revendication mobilière n'est possible qu'en cas de mauvaise foi du possesseur, les règles qui la gouvernent ne sont ici d'aucun secours.

---

(33) Cf. supra, n° 122 et s.
(34) STAUDINGER, op. cit., § 969, 2.
(35) WEILL, op. cit., n° 437 - Cf. infra, n° 339.
(36) Cf. supra, n° 314 et s.
(37) Cf. supra, n° 321.

338. - Ce sont certainement les dispositions relatives à l'indemnisation de l'inventeur qui traduisent le mieux l'originalité du B. G. B. . Ce n'est pas à dire que le droit français ne conçoive pas que l'inventeur puisse être indemnisé. Ainsi, il est communément admis que ce dernier a droit à une récompense quand il rapporte l'objet perdu, à condition pourtant qu'une pareille récompense ait été promise. Hormis ce cas, il n'y a que les règles de la gestion d'affaires qui pourraient fonder un droit à indemnisation (38).

Quant au B. G. B., il prévoit tout d'abord la possibilité pour l'inventeur d'obtenir le remboursement de certaines dépenses (§ 970). L'inventeur a pu être amené à effectuer des dépenses pour garder ou conserver la chose, tels les frais d'annonce dans un journal pour découvrir le véritable propriétaire. Il a donc le droit d'en obtenir le remboursement. Seules les dépenses nécessaires sont concernées par le § 970 et la nécessité a un caractère objectif, puisque la loi exige qu'elle soit appréciée en fonction des circonstances (39). Les dispositions du § 970 ne bénéficient qu'à l'inventeur même et non aux autres autorités. Telle n'était pas la solution du premier projet du B. G. B., mais la Deuxième Commission supprima à la police tout droit au remboursement de ses dépenses, en estimant que seule une règlementation de droit public pouvait lui accorder un tel droit (40).

La disposition la plus significative est celle du § 971 du B. G. B., accordant un droit à récompense à l'auteur de la trouvaille ("Finderlohn"). Auxtermes de ce paragraphe, modifié par la loi du 19 juillet 1976, :

"L'inventeur peut réclamer de l'ayant droit une récompense,

---

(38) CARBONNIER, op. cit., n° 81, p. 288.

(39) STAUDINGER, op. cit., § 970, 1.

(40) Contra : STAUDINGER, op. cit., § 970, 2. - Avant la loi du 19 juillet 1976, la police était la seule autorité compétente citée par les textes.

Cette récompense est de cinq pour cent de la valeur de la chose jusqu'à concurrence de mille Deutsche Mark, de trois pour cent au-delà de cette valeur et de trois pour cent s'il s'agit d'animaux. Lorsque la chose ne présente de valeur que pour l'ayant droit, la récompense est déterminée d'après une appréciation équitable. Le droit de la réclamer est exclu lorsque l'inventeur contrevient à son obligation de déclaration ou qu'il a dissimulé sa découverte alors que celle-ci lui était réclamée".

Ainsi il s'agit autant d'une récompense de l'honnêteté de l'inventeur, que d'une indemnisation de son travail. Tout inventeur a droit à une telle récompense, quelle que soit la durée de sa possession, et quand bien même l'ayant droit aurait été connu dès le premier jour. Cependant, le mécanisme du § 971 peut paraître difficile à mettre en oeuvre, au moins en ce qui concerne les biens qui n'ont pas de valeur marchande. Quels sont les fondements de l' "appréciation équitable" dont parle le texte ? En principe, il faut commencer par tenir compte de l'avantage direct que procure au propriétaire la restitution de son bien. Ainsi, en cas de perte d'une clef de coffre-fort, la récompense ne sera pas fonction des valeurs que peut contenir le coffre, mais des dépenses qu'aurait entraînées la fabrication d'une nouvelle clef ou l'ouverture forcée du coffre (41). Mais, à l'inverse, il est tout aussi nécessaire de tenir compte de la peine de l'inventeur. Le juge aura ainsi la délicate mission de trouver un équilibre satisfaisant les deux parties. La lettre du § 971 fait cependant apparaître certaines limites au droit de l'inventeur. C'est ainsi que toute récompense est exclue lorsque l'inventeur n'a pas signalé sa découverte ou lorsqu'il a dissimulé le bien qu'on lui réclamait. La doctrine a légèrement étendu le domaine de ces exceptions en assimilant à la dissimulation tout ce qui a pour but d'empêcher la découverte de l'inventeur (42).

---

(41) STAUDINGER, op. cit., § 971, 1.
(42) STAUDINGER, op. cit., § 971, 2.

Enfin, en vue de garantir les droits de l'inventeur aussi bien en ce qui concerne le remboursement des dépenses que la récompense, le § 972 prévoit qu'il peut lui être fait application des §§ 1000 à 1002, qui normalement concernent le remboursement des impenses (43). Simplement, la deuxième phrase du § 1000 perd ici toute sa signification, puisque la prise de possession par l'inventeur ne peut être considérée comme un acte illicite.

Ainsi, l'inventeur allemand a-t-il fait l'objet de soins particulièrement attentifs de la part du législateur. La rareté de la jurisprudence et la concision des développements doctrinaux font cependant douter de l'intérêt d'une telle minutie (44).

2° L'acquisition de la propriété.

339. - Les mécanismes décrits jusqu'ici n'interviennent pour la plupart que lorsque l'invention ne débouche pas sur la propriété. Mais en réalité, l'invention n'est intéressante que parce qu'elle conduit à la propriété, grâce à la possession qui la concrétise.

En droit français, les règles de la revendication mobilière obligent à considérer l'inventeur comme un possesseur de mauvaise foi (45). En pareille hypothèse, il n'est donc pas concevable que l'occupant acquiert la propriété du bien au moment où il le trouve. Dans ces conditions, le propriétaire de l'épave doit pouvoir revendiquer pendant 30 ans contre l'inventeur et pendant 3 ans contre le tiers sous-acquéreur de bonne foi (46). Autrement dit, l'inventeur ne devient propriétaire qu'au bout de 30 ans et le sous-acquéreur au bout de 3 ans. La situation de ce dernier se complique, lorsqu'il a acquis le bien auprès de l'administration des Domaines. Après beaucoup d'hésitations, doctrine et jurisprudence s'accordent à considérer qu'un tel acqué-

(43) Cf. supra, n° 315 et s.
(44) Comp. CARBONNIER, op. cit., n° 82, p. 291.
(45) Cf. supra, n° 337 et infra, n° 382.
(46) Art. 2279 al. 2 ; cf. infra, n° 379.

reur peut être de bonne foi et qu'à son égard l'action en revendication du propriétaire se prescrit en 3 ans (47).

Tout inventeur étant donc normalement tenu de prescrire en 30 ans, on s'est demandé s'il ne fallait pas réserver un sort plus favorable à celui qui aurait rempli les formalités de déclaration (48). Un tel inventeur serait alors considéré comme étant de bonne foi et il pourrait bénéficier de la prescription triennale de l'article 2279 alinéa 2. En fait, cette thèse est discutable, car elle repose sur une assimilation très contestable de l'inventeur respectueux de la règlementation avec l'acquéreur de bonne foi. Ce ne serait plus alors "la bonne foi au sens technique, mais au sens vulgaire" (49). Le principe demeure donc, qui veut que l'inventeur n'acquiert la propriété qu'au bout d'une possession longue de 30 ans, comme c'est le cas d'un possesseur d'immeuble de mauvaise foi (50).

340. - A priori le B. G. B. semble réserver un sort plus favorable à l'inventeur. Le nouveau § 973 indique en effet qu' "à l'expiration de six mois à compter de l'avis qu'il a donné de sa trouvaille aux autorités compétentes, l'inventeur acquiert la propriété de la chose à moins qu'il n'ait connu, auparavant, l'existence d'un ayant droit ou que ce dernier ait déclaré son droit aux autorités. L'acquisition de la propriété entraîne l'extinction des autres droits sur la chose".

---

(47) Civ. 13 février 1951, S. 1951.1.199-Civ. 23 octobre 1957, D. 1957, 754 - Cf. VANDAMME "Contribution à l'étude de la revendication des épaves terrestres", Rev. trim. dr. civ. 1943 , 157. Du même auteur : "La revendication de l'épave terrestre adjugée par les Domaines", D. C. 1944, ch., 13. SEBAG, op. cit., n° 37 à 42.

(48) Cf. supra, n° 336.

(49) CARBONNIER, op. cit., n° 82, p. 189. - WEILL, op. cit., n° 437.

(50) Cf. infra, n° 423 et s.

L'alinéa 2 vient préciser que "si la valeur de la chose n'excède pas 10 Deutsché Mark, le délai de six mois court du jour de la trouvaillé. L'inventeur n'acquiert pas la propriété s'il dissimule la chose, lorsque celle-ci est réclamée. La déclaration d'un droit aux autorités compétentes ne fait pas obstacle à l'acquisition de la propriété". Aussi convient-il de distinguer selon que le bien a une valeur supérieure ou non à 10 Deutsche Mark. Si la valeur de la chose trouvée excède 10 D. M., l'on sait que l'inventeur doit déclarer sa découverte (51). Et c'est donc six mois après cette déclaration que se produit l'acquisition de la propriété, sauf en deux hypothèses : la connaissance avant l'expiration du délai du véritable propriétaire ou la déclaration par ce dernier de son droit aux autorités compétentes. De l'existence de ces deux tempéraments, on peut déduire que le droit allemand exige en fait une sorte de bonne foi de la part de l'inventeur, bonne foi qui consiste à ignorer à qui la chose appartient. Lorsqu'au contraire le bien à une valeur inférieure à 10 D. M., l'inventeur n'est tenu d'aucune déclaration et la prescription court du jour de la découverte. Là aussi le B. G. B. a prévu que l'acquisition ne pouvait se faire si l'auteur de la découverte la dissimulait. Cela signifie que si l'inventeur connaît l'ayant droit, il doit lui restituer le bien et que s'il ne le fait pas, il y aura dissimulation (52). De ce point de vue, et malgré la lettre du § 973, que le bien excède ou non 10 D. M., l'inventeur doit être de bonne foi. L'acquisition de la propriété se fait donc beaucoup plus rapidement qu'en droit français, et ce d'autant plus que le § 974 vient renforcer les prérogatives de l'inventeur (53).

(51) Cf. supra, n° 336.

(52) STAUDINGER, op. cit., § 973, 2.

(53) § 974 du B. G. B. : "Lorsque, avant l'expiration du délai de 6 mois l'inventeur a connu l'existence d'ayants droit ou lorsque, pour une chose dont la valeur excède 10 D. M., ils ont déclaré leurs droits aux autorités compétentes en temps utile, l'inventeur peut les inviter, conformément aux dispositions du § 1003, à se prononcer sur les droits qui lui sont reconnus par les §§ 970 et 972. A l'expiration du délai prévu pour cette déclaration, l'inventeur acquiert la propriété et les autres droits sur la chose s'éteignent si les ayants droit ne se sont pas déclarés, en temps utile, prêts à satisfaire ces droits".

Grâce à cette disposition, ce dernier acquiert la propriété même s'il a eu connaissance des ayants droit. Il suffit pour cela que ceux-ci ne se décident pas à lui rembourser les dépenses et à le récompenser. L'inventeur peut alors user du § 1003 pour les obliger à prendre parti (54). Et si à l'expiration du délai qui leur est accordé, les ayants droit n'ont pas accepté de remplir les obligations que la loi leur impose, l'inventeur devient propriétaire du bien (55).

A bien des égards donc, la situation de l'inventeur allemand paraît privilégiée. Mais l'on est en droit de se demander s'il ne convient pas de nuancer cette affirmation, et ce en raison du § 977 du B. G. B. (56). Pareille disposition aggrave sans conteste la

---

(54) Cf. supra, nº 319.

(55) Un dernier point mérite d'être signalé et il le sera suffisamment par la seule lecture du § 976 du B. G. B. : "Si l'inventeur déclare aux autorités compétentes qu'il renonce à acquérir la propriété de la chose, son droit passe à la commune du lieu de la trouvaille". Et l'alinéa 2 ajoute que "lorsque l'inventeur a acquis la propriété en vertu des dispositions des paragraphes 973 et 974 après la remise de la chose ou du produit des enchères aux autorités, la propriété passe à la commune du lieu de l'invention, si l'inventeur n'en a pas demandé la restitution dans le délai que les autorités lui ont imparti".

(56) § 977 du B. G. B. : "Celui dont les droits sont éteints par suite des §§ 973 et 974 et 976 peut exiger de l'inventeur dans les cas visés au §§ 973 et 974, et de la commune du lieu de la trouvaille dans les cas visés au § 976, la restitution de ce dont ils ont bénéficié du fait du transfert du droit de propriété, selon les règles de l'enrichissement sans cause. Ce droit de restitution s'éteint au bout de trois ans à compter du jour où la propriété a passé à l'inventeur ou à la commune, si durant ce délai on ne l'a pas fait valoir en justice".

situation de l'inventeur. Sans que son droit de propriété soit remis en cause, ce texte permet au propriétaire d'agir contre lui sur le fondement des règles de l'enrichissement sans cause. C'est dire que la portée pratique des §§ 973, 974 et 976 est singulièrement réduite, ou du moins leurs effets sont-ils reportés dans le temps. L'inventeur restera dans l'incertitude pendant 3 ans, à partir du moment où il est devenu propriétaire du bien. Toutefois les inconvénients d'une telle solution ne sauraient être exagérés. Le délai au bout duquel l'inventeur devient définitivement propriétaire demeure, et de loin, inférieur à celui du droit français.

B) Le trésor.

341. - L'occupation d'un trésor est conçue de manière pratiquement identique dans les deux droits. En principe, le trésor se distingue des épaves dans la mesure où il suppose une chose mobilière cachée ou enfouie. Mais cette caractéristique donne du trésor une image incomplète. En droit français comme en droit allemand, deux autres conditions sont requises. Il faut, en premier lieu, que personne ne puisse justifier d'un droit de propriété sur la chose. Certes, le trésor est une chose appropriée, il a été jadis le bien de quelqu'un. Mais au moment de l'invention, "nul vivant ne peut se rattacher à lui par une chaine de transmissions successorales qui aient résisté à la prescription extinctive" (57). En particulier, le fait d'être les héritiers du propriétaire de l'immeuble sur lequel a été découvert le trésor, est insuffisant (58). Il faut ensuite que la découverte soit l'effet du hasard. Cette exigence, si elle ne change pas la nature du bien découvert, conduit cependant à refuser toute indemnité à l'auteur de fouilles intentionnelles (59).

---

(57) CARBONNIER, op. cit., n° 80, p. 285-Cf. STAUDINGER, op. cit., § 984, 1.

(58) T. Civ. Seine 1er juin 1949, D. 1959, 350, note RIPERT. - Paris 18 décembre 1950, D. 1951, 144.

(59) WEILL, op. cit., n° 433.

Ainsi défini, le trésor suscite certaines interrogations au regard des règles de l'occupation et plus particulièrement du rôle que la possession est amenée à y jouer. Il est permis, au moins en droit français, de se demander si l'appréhension du trésor est une condition nécessaire pour qu'il soit attribué à l'inventeur ou si la découverte suffit. Il semble qu'en pratique l'on se contente de la découverte (60). Le texte de l'article 716 du Code civil y invite, qui attribue la moitié du trésor à celui qui l'a "découvert" (61). En droit allemand, les choses semblent légèrement différentes. La lettre du § 984 lie les droits de l'inventeur, non à la découverte, mais à la prise de possession (62). Ainsi, dans le B. G. B., la possession conserve-t-elle toute son importance.

---

(60) JACQUEY, L'invention des trésors, Th. Lille, 1912, p. 9.

(61) "La propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre fonds ; si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds. Le trésor est toute chose cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier sa propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard".

(62) § 984 du B. G. B. : "Lorsqu'une chose cachée depuis si longtemps qu'il est désormais impossible d'en déterminer le propriétaire (trésor) vient à être découverte et que par la suite il en soit pris possession, la propriété en est acquise pour moitié à celui qui l'a découverte, et pour moitié au propriétaire de la chose dans laquelle elle était cachée".

342. - La manière dont invervient la possession constitue le seul point de discordance entre les deux droits. Ceux-ci réservent à l'inventeur un sort tout à fait identique. Lorsque le bien est découvert par le propriétaire du fonds, il lui appartient pour le tout. La solution s'impose à un point tel qu'elle n'est même pas envisagée par le § 984 du B. G. B. . Elle figure cependant à l'article 716 du Code civil. Lorsque la découverte est le fait d'un tiers agissant de manière indépendante, le trésor appartient pour moitié au propriétaire du fonds, pour l'autre moitié à l'inventeur (63). S'il n'agit pas de manière indépendante, mais à la demande du propriétaire du fonds, c'est à ce dernier seul que revient le trésor, encore qu'il soit parfois délicat de trancher certains litiges (64). De même, si l'inventeur effectue des recherches sur le fonds d'autrui, sans autorisation, l'on sait que la trouvaille ne sera plus considérée comme étant l'effet du hasard (65).

343. - En définitive, seule l'appropriation est pleinement significative de l'importance du rôle de la possession en matière d'acquisition de la propriété mobilière à la suite d'une occupation. Et elle nous paraît d'autant plus intéressante qu'elle permet de mettre en évidence, sans équivoque possible, une identité de vues pratiquement complète entre les deux législations. Plus nettement qu'en matière de protection possessoire, il apparaît qu'en ce qui a trait aux effets de la possession, les droits allemand et français sont loin d'être aussi éloignés que pouvait le laisser croire leur opposition sur la notion de possession.

---

(63) L'inventeur a effectivement un droit sur le trésor lui-même et l'acceptation d'une gratification n'y change rien : Lyon, 20 octobre 1970, D. 1971, J., 522, note PREVAULT.

(64) Ainsi, si les travaux ont pour but la recherche d'un trésor, l'inventeur n'aura droit à rien. Mais s'il s'agit de travaux d'une nature différente, la trouvaille sera fortuite et les droits de l'inventeur sauvegardés. Cf. CARBONNIER, op. cit., n° 90, p.286.

(65) Cf. supra, n° 341 - WEILL, op. cit., n° 433.

Sous-section II : l'acquisition "a non domino".

344. - Le fait que la possession conduise à la propriété est en soi déjà étonnant dans le seul cadre de l'occupation. Mais au moins, en pareille circonstance, n'y a-t-il pas conflit direct entre deux droits de propriété. Bien plus, s'agissant de choses sans maître, l'acquisition de la propriété par le possesseur ne lèse aucun droit préexistant. En comparaison, les règles de l'acquisition "a non domino" paraissent beaucoup plus audacieuses. Bouleversant les principes les mieux établis qui veulent qu'un individu ne saurait transmettre plus de droits qu'il n'en a lui-même, elles permettent à une personne d'acquérir la propriété, alors même qu'elle n'a pas traité avec le véritable propriétaire. Tant en droit français qu'en droit allemand, cette solution est un des effets les plus remarquables de la possession (§ 1). En France, elle est la conséquence de la célèbre règle : "En fait de meubles, la possession vaut titre", énoncée par l'article 2279 du Code civil ; en Allemagne, elle est consacrée par le § 932 du B. G. B. . Il ne suffit pourtant pas que les droits connaissent cette règle pour qu'ils la comprennent de la même manière. Les conditions de l'acquisition "a non domino" divergent de façon appréciable : le Code civil se contente de la seule possession, accompagnée de la bonne foi, alors que le B. G. B. exige en outre un juste titre (§ 2). Les effets de l'acquisition "a non domino" s'en trouvent affectés, sans pour autant perdre leur fonction première, qui est de faire du possesseur le propriétaire du meuble (§ 3). Cependant, les deux législations ont compris qu'il aurait été particulièrement injuste de faire jouer les mécanismes d'acquisition "a non domino" au détriment du propriétaire dont les biens ont été perdus ou volés. Aussi ces mécanismes se trouvent-ils écartés en pareil cas (§ 4).

§ 1 : - Protection en France et en Allemagne de l'acquéreur "a non domino".

345. - Si les deux législations sont d'accord pour estimer que l'acquéreur "a non domino" doit être protégé, elles le sont en empruntant des voies quelque peu différentes. En droit français, on se réfère à l'article 2279 du Code civil, mais ce texte a des aspects mul-

tiples qui sont à l'origine d'un certain nombre de controverses (A). En droit allemand, le texte du § 932 du B. G. B., spécialement réservé à l'acquisition "a non domino", suscite dans son principe moins de difficultés (B). Ainsi la première différence est-elle d'ordre formel, seul le B. G. B. ayant en la matière un texte spécial. En réalité, c'est là un point de discordance tout à fait mineur. Plus significatives sont les divergences qui ont trait au fondement de la protection de l'acquéreur "a non domino" (C).

A) La règle "En fait de meubles, la possession vaut titre".

346. - En droit romain, le régime des meubles était à peu de chose près fort proche de celui des immeubles. La revendication mobilière y était toujours ouverte et la maxime "en fait de meubles, la possession vaut titre" y était inconnue (66). C'est sous l'influence des droits germaniques que les coutumes françaises s'écartent de la règle romaine, sauf en ce qui concerne les meubles volés ou perdus. Cet état de choses persiste jusqu'au 13e siècle ; il est traduit par la maxime "Mobilia non habent sequelam", les "meubles n'ont pas de suite".

A partir du 14e siècle, sous l'influence d'un droit romain renaissant, l'idée d'une revendication mobilière réapparaît. La maxime "Mobilia non habent sequelam" était devenue inexacte, sauf pour les créanciers hypothécaires à qui un droit de suite sur les meubles a toujours été refusé (67). Cette renaissance n'était peut-être pas entièrement due au droit romain, mais reposait sans doute sur un en-

(66) CARBONNIER, op. cit., n° 78, p. 277. - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 390. Sur l'historique de l'art. 2279, cf. : JOBBE-DUVAL, Etude historique sur la revendication des meubles, Th. Paris, 1880. - TOURNESAC, Application pratique de la maxime, en fait de meubles, possession vaut titre, Th. Paris, 1913, p. 5 et s.

(67) "Meubles n'ont pas de suite par hypothèque" ; RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2818.

semble de solutions empiriques dégagées par la jurisprudence, en fonction notamment de certains usages pratiqués par les corporations (68). Mais les exigences du commerce militaient en faveur de la solution contraire. Cela explique qu'au 17e siècle, on tente de limiter les effets de la revendication. Un effort est fait pour l'enfermer dans un délai de 3 ans et pour la refuser en cas d'abus de confiance.

Ce n'est qu'en 1747 que la maxime apparaît chez Bourjon et qu'elle est présentée comme une solution issue de la jurisprudence du Châtelet de Paris. Il est probable qu'elle existait déjà et qu'elle permettait au possesseur de meubles de ne pas produire son titre quand il prétendait être propriétaire. L'innovation du Châtelet a été de lui donner un sens plus énergique, en rejetant la revendication dès que le propriétaire s'est dessaisi lui-même de son bien (69).

En consacrant une pratique judiciaire, le Code civil n'a pas, et de loin, levé toutes les ambiguités. La solution du Châtelet répondait à des motivations complexes ; celles-ci expliquent en grande partie l'incertitude qui a longtemps régné en droit français sur la signification de l'article 2279 du Code civil.

347. - Pendant longtemps, il fut, en effet, difficile de comprendre l'exacte portée de cette disposition. Sans doute est-ce parce que l'on oubliait de s'interroger sur le sens des termes employés par la loi. Lorsque le Code civil dit "qu'en fait de meubles, la possession vaut titre", c'est le sens du mot titre qu'il convient de préciser. Or, le plus souvent, on se contentait de comprendre le titre comme désignant le mode d'acquisition ou de transmission de la pro-

---

(68) Cf. CARBONNIER, op. cit., n° 78, p. 278.

(69) PLANIOL-RIPERT, op. cit., n° 369 - Mais cette solution n'était pas à l'époque unanimement admise. Ainsi POTHIER admettait-il la revendication mobilière ; cf. op. cit. (n° 13, note 12), n° 199 et s.

priété. Et l'on oubliait que le mot titre pouvait simplement désigner l'acte juridique translatif de propriété. Autrement dit, on était d'accord pour faire jouer l'article 2279 comme règle de fond, mais non comme règle de preuve (70). Mais à l'heure actuelle, la double fonction de l'article 2279 du Code civil ne fait plus aucun doute. La possession qu'il envisage peut donc tout d'abord remplacer un titre défaillant ; elle fait alors acquérir la propriété et joue dans ce cas comme une règle de fond (71). La possession crée de la sorte un titre qui vient se substituer au titre initial de l'acquéreur. Par hypothèse, elle est amenée à intervenir en tant que règle de fond uniquement en matière d'acquisition "a non domino". Si en pareille circonstance toute revendication du propriétaire est exclue, c'est que la possession crée au profit du possesseur un titre nouveau, abstrait, c'est-à-dire indépendant de son titre d'acquisition qui, lui, est incapable de lui faire acquérir un droit quelconque. Ainsi, grâce à l'article 2279, la possession couvre le défaut de droit chez l'aliénateur (72).

Mais puisque par titre l'on peut également entendre l'acte juridique qui réalise le transfert de la propriété, il faut reconnaître que l'article 2279 intervient aussi dans les rapports du possesseur avec celui dont il tient le bien. On suppose un possesseur qui détient un meuble et prétend l'avoir acquis du véritable propriétaire. Celui-ci ne conteste pas la détention du possesseur, mais affirme qu'il lui a remis le bien à titre précaire et en demande la restitution. Ce qui est ici en question, c'est le titre en vertu duquel le possesseur détient la chose et, par hypothèse, ce titre ne peut être présenté. Or ce qu'apporte l'article 2279, c'est précisément la présomption d'existence d'un titre en vertu duquel le possesseur a acquis

---

(70) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 67, dont les travaux ont été décisifs en la matière.

(71) ABDEL-BAKI, Du rôle de la possession en matière mobilière, Th. Paris, 1943, p. 157.

(72) BEUDANT, op. cit., n° 723 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 391 - RIPERT-BOULANGER, op. cit. n° 2831. Cf. infra, n° 372.

le meuble. Ce texte intervient alors comme règle de preuve. Ne pouvant produire le titre qui serait la justification de son droit, le possesseur invoque sa possession qui lui vaut titre. Mais, il ne faut pas s'y tromper. Le fait que la possession intervienne comme règle de preuve ne signifie pas qu'elle soit ici limitée à une fonction probatoire. Il y a en l'occurrence présomption, non seulement de propriété, comme pour toute possession, mais aussi présomption de l'existence d'un titre d'acquisition. Autrement dit, que la possession joue comme règle de preuve ou comme règle de fond, l'article 2279 se traduit pour le possesseur par l'acquisition de la propriété. Cette affirmation peut surprendre, car la doctrine a pris l'habitude de scinder l'article 2279, en distinguant sa fonction probatoire de sa fonction acquisitive (73). Cette dernière se limiterait à la seule hypothèse d'acquisition "a non domino". Entre possesseurs successifs, au contraire, l'article 2279 ne revêtirait plus un rôle créateur, mais se contenterait d'être un moyen de preuve. Or, ce point de vue nous paraît discutable. Certes, dans les rapports entre le possesseur et son auteur, la possession ne suffit pas par elle-même à rendre le possesseur propriétaire ; il s'y ajoute l'exigence d'un titre. Et si la possession fait présumer l'existence de ce titre, c'est le plus souvent dans l'intérêt des propriétaires légitimes. Mais le résultat est le même : que la possession remplace un titre ou qu'elle en présume l'existence, dans les deux cas, c'est le droit de propriété du possesseur qui est conforté. Ainsi en toutes hypothèses, il paraît possible de parler de la fonction acquisitive attachée à la possession, même si dans les rapports entre possesseurs successifs, c'est le plus souvent d'une fonction de consolidation dont il s'agit. Il est alors préférable de distinguer la possession, non au regard de sa fonction, mais selon qu'elle intervient comme une règle de preuve ou comme une règle de fond.

---

(73) CARBONNIER, op. cit., n° 75, p. 268. - WEILL, op. cit., n° 469.

Cependant, s'agissant de l'acquisition "a non domino" seul, nous retiendra ici l'article 2279 en tant que règle de fond.

348. - En principe, l'article 2279 alinéa 1 ne s'applique qu'aux meubles corporels. Se trouvent donc exclus, outre les immeubles, les meubles incorporels et les meubles par anticipation (74). Il en ira de même des immeubles par destination dont le propre est de suivre le régime juridique des immeubles (75). Quant à l'oeuvre d'art, elle ne peut entrer dans le commerce que du jour où son créateur s'en est dessaisi en exerçant son droit de divulgation, et par conséquent une oeuvre inachevée peut être revendiquée même entre les mains d'un acquéreur de bonne foi (76). Pour le reste, l'article 2279 est ouvert à tous les meubles corporels (77), quand bien même ils auraient été acquis à l'étranger (78). Il existe pourtant un certain nombre d'exceptions, et ce dans les deux sens. Certains meubles corporels échappent à l'article 2279, soit qu'ils ressortent du domaine public, soit qu'ils sont hors commerce ou qu'ils font l'objet d'une immatri-

---

(74) Pour les meubles incorporels, cf. : Req. 4 novembre 1902, D.1903, 1, 44.-Civ. 26 janvier 1914, D. P. 1914, 1,112.-Meubles par anticipation : Civ. 3°, 4 juillet 1968, G. P. 1968.2.298 ; Rev. trim. dr. civ. 1969, 144, obs. BREDIN.

(75) Com. 19 janvier 1960, Bull. civ. III, n° 30, p. 25.

(76) Orléans, 17 mars 1965, J. C. P. 1965, II.14186, note BOURSIGOT.

(77) A propos d'un cheval et de son certificat d'origine, cf. : Civ. 1°, 14 décembre 1971, J. C. P. 1972.II.17102, note GOUBEAUX.

(78) T.G.I. Seine, 12 janvier 1966, J. C. P. 1967.II.15266, note BISCHOFF ; Rev. trim. dr. civ. 1968, 173, obs. BREDIN.

culation (79). D'un autre côté, certains meubles, bien qu'étant incorporels, sont soumis à l'article 2279. Il s'agit tout d'abord des titres au porteur dont on sait que la créance est incorporée dans le titre. Parmi cette dernière catégorie figurent tous les engagements au porteur ainsi que les billets de banque. Par assimilation aux titres au porteur, tous les titres transmissibles par tradition réelle entrent dans les prévisions de l'article 2279 du Code civil ; la même règle vaut pour les droits réels portant sur les meubles corporels (80).

349. - Ainsi définie, la règle "En fait de meubles, la possession vaut titre" paraît avoir une nature hybride qui expliquerait bon nombre de difficultés qu'a suscitées son application. Conçue avant tout comme un obstacle à l'existence d'une revendication mobilière, elle a pour conséquence de transformer la possession en un mode d'acquisition de la propriété, et de faire triompher les droits du possesseur contre ceux du véritable propriétaire. Même s'il parvient à des solutions identiques, le droit allemand a un point de vue quelque peu différent. Seul lui importe de protéger, dans les limites de l'équité, l'acquéreur "a non domino" ; il ne se soucie guère d'introduire par ce biais une prohibition générale de la revendication mobilière.

B) Le § 932 du B. G. B.

350. - L'originalité du droit allemand est de distinguer les deux fonctions que la possession peut être amenée à jouer en matière d'acquisition de la propriété mobilière. Seules seront prises en con-

(79) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 372.-WEILL, op. cit., n° 475 - Pour les bateaux de plaisance, cf.:Com. 20.11.1951, J.C.P. 1952. II.6847, note ENO, décision qui a mis fin à un certain flottement de la jurisprudence.

(80) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 371.-WEILL, op.cit.,n° 476.

sidération par le § 932 du B. G. B. les conditions d'une acquisition de bonne foi, la valeur probatoire de la possession relevant du § 1006 du B. G. B. (81). En outre, à aucun moment il ne s'est agi de barrer la route de façon systématique à la revendication mobilière. Ayant ainsi le seul souci de protéger l'acquéreur "a non domino", le B. G. B. a été conduit à calquer ses solutions sur celles de l'acquisition "a domino", prévue par le § 929 du B. G. B. (81 bis). La place du § 932 est donc à elle seule révélatrice de l'originalité du droit allemand. Au lieu que l'acquisition "a non domino" fasse figure d'exception, on est en présence "de deux séries de normes d'égale dignité, exigeant chacune la mise en possession de l'acquéreur, mais dont l'une vise le cas où l'aliénateur est propriétaire de la chose vendue, l'autre vise le cas où il ne l'est pas" (82). Partant, on ne saurait donc affirmer qu'en ce domaine le droit allemand se soit directement inspiré des solutions françaises (83). Au contraire, la doctrine allemande s'accorde à reconnaître que le § 932 reprend les solutions de l'ancien droit allemand, solutions que résumait la maxime "Hand wahre Hand"(84).

351. - Ainsi comprise, l'acquisition "a non domino" est toute entière à l'image des règles normales en matière de transfert de la propriété mobilière. Et c'est bien ce qui ressort du § 932 alinéa 1 : "l'aliénation opérée conformément aux dispositions du § 929 rend l'ac-

---

(81) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 98.-Cf. infra, n° 392 et s. Cf. également : WIEGAND, "Fälle des gutgläubigen Erwerbs ausserhalb des § 932, B. G. B.", JuS. 1974, 545.

(81 bis) § 929 : cf. infra, n° 351, note 86.

(82) WAELBROECK, op. cit. (n° 230, note 29), n° 81, p. 83.

(83) Comp. PERITCH "De la matérialisation des droits privés", Rev. trim. dr. civ. 1913, p. 107.

(84) SOERGEL, op. cit., § 932,1. - WESTERMANN, op. cit., § 45, V. - PALANDT, op. cit., § 932, 1, a.

quéreur propriétaire, même lorsque la chose n'appartient pas à l'aliénateur, sauf s'il n'était pas de bonne foi à l'époque où il a acquis la propriété. Cependant, dans le cas visé au § 929, phrase 2, il n'en est ainsi que lorsque l'acquéreur tenait la possession de l'aliénateur" (85).

L'acquisition "a non domino" exige donc une aliénation en tous points valables, sauf en ce qui concerne le droit de l'aliénateur. Elle doit ainsi, conformément aux principes du droit allemand, comprendre les deux étapes qui sont les caractéristiques de tout contrat. Le vendeur et l'acquéreur doivent commencer par se mettre d'accord sur le principe du transfert ; ce n'est qu'ensuite qu'interviendra la remise de la possession (86). Et l'on sait que ce contrat ne se

---

(85) V. notamment : MERK, Die Entwicklung der Farnisverfolgung im französischen Recht, 1914.-STILLSCHWEIG, Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht, 1929.-HÜBNER, Das Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht, 1955.-REGELSBERGER, "Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten" Dogm. J. 47, 339.-ZWEIGERT, "Rechtsvergleichend-Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb", RABELS. Z. 23, p. 1.- WENDT, "Erwerb von einem Nichtberechtigten", A.c.P. 89, 1.-FULD, "Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht", A.c.P. 89, 402.- MULLER, "Heimliche Gutglaubenserwerb" ? A.c.P. 137, 86.- GIEHL, "Der gutgläubige Mobiliarerwerb, Dogmatik und Rechtswirklichkeit", A.c.P. 161, 357.-WIEGAND, "Das gutgläubige Erwerb beweglichen Sachen nach §§ 932 B. G. B.", JuS. 1974, 201.

(86) § 929 du B. G. B. : "Pour transférer la propriété d'un bien meuble, il faut que le propriétaire en fasse tradition à l'acquéreur et qu'il y ait, de part et d'autre, accord des volontés pour opérer le transfert. Si l'acquéreur est déjà en possession de la chose, l'accord des volontés sur le transfert de la propriété suffit à cet effet".

confond pas avec l'acte juridique qui unit les parties et qui est à l'origine du transfert de la propriété (87).

La logique de son système a conduit le B. G. B. à ne pas limiter l'acquisition "a non domino" aux seuls transferts qui auraient lieu selon le § 929 du B. G. B. . La règle du § 932 a donc été étendue par les §§ 933 et 934 à tous les modes de transfert, qu'il s'agisse du constitut possessoire (§ 930) ou de la cession de l'action en restitution, lorsqu'un tiers est en possession du bien (§ 931).

Le point de départ du droit allemand est donc fort éloigné de celui du droit français, qui en réalité ne connaît l'acquisition "a non domino" qu'au travers d'une règle édictée dans un autre but. Dans ces conditions, les deux législations ne manqueront pas de diverger sur bien des points, et en tout premier lieu sur le fondement qu'il convient de reconnaître à la protection de l'acquéreur "a non domino" (88).

C) Le fondement de la protection de l'acquéreur "a non domino".

352. - C'est un débat quelque peu académique qui s'est ouvert en droit français à propos du fondement de la règle "En fait de meubles ..." (89). Plusieurs explications ont été tour à tour proposées. Aux yeux de la première d'entre elles, la règle de l'article 2279 du Code civil aurait dû être comprise comme réalisant une prescription acquisitive instantanée (90). Mais, cette opinion dut vite être abandonnée.

---

(87) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 99.

(88) Sur un point les deux droits se recoupent totalement en ce qu'ils limitent les règles de l'acquisition "a non domino" aux seuls meubles corporels ; de même, comme le droit français, le B. G. B. élimine les navires soumis à immatriculation : § 923 a et § 332 a.

(89) CARBONNIER, op. cit., n° 79, p. 280.

(90) Cf. MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 391.

Elle portait en elle-même tous les signes de la contradiction : comment pouvait-on faire allusion à l'idée de prescription qui suppose toujours l'écoulement d'un certain délai, et en même temps qualifier cette prescription d'instantanée (91) ?

Deux autres systèmes ont alors été proposés. L'un deux fait reposer l'article 2279 sur l'idée de présomption de propriété (92). Pareille présomption serait irréfragable, puisqu'elle empêcherait, sauf exceptions, toute revendication mobilière. Mais à vrai dire, cette explication n'a pas paru plus satisfaisante que la première. L'article 2279 fait plus que présumer la propriété, dans la mesure où il intervient dans des hypothèses où précisément le possesseur n'a pu acquérir la propriété. En pareil cas, il est certain qu'il n'est pas propriétaire ; "le faire présumer propriétaire, ce serait aller contre l'évidence et il n'y a pas de présomption contre l'évidence" (93).

La possession ne se contente pas de créer une présomption même irréfragable ; elle se substitue au titre défaillant. Il y aurait ainsi, et c'est l'explication fournie dans le deuxième système, un véritable mode d'acquisition par la seule force de la loi. Celle-ci aurait été obligée d'intervenir en fonction de "considérations tirées de la nature même des meubles corporels et des nécessités de leur libre circulation..." (94). Cette explication n'est en fait satisfaisante que dans le seul cadre de l'acquisition "a non domino". Tel est du moins l'avis de la doctrine qui, en définitive, fait varier le fondement de la maxime "En fait de meubles..." selon les situations dans lesquelles elle intervient. Mode légal d'acquisition de la propriété dans le

---

(91) ABDEL-BAKI, op. cit. (nº 347, note 71), p. 120.

(92) AUBRY et RAU, op. cit., § 183, p. 149, note 3, mais cette opinion est abandonnée dans la septième édition de M. ESMEIN.

(93) ABDEL-BAKI, op. cit., p. 124.

(94) RIPERT-BOULANGER, op. cit., nº 2833.

cas de l'acquisition "a non domino", elle ne saurait être qu'une présomption de propriété dans les rapports du possesseur avec celui dont il tient la chose (95).

Si donc on déroge en matière de meubles à la règle "Nemo plus juris", c'est parce que la loi l'a voulu ainsi. A vrai dire, on aurait pu songer à invoquer d'autres règles, telles celles de l'apparence dont on sait qu'elle peut intervenir en cas de vente immobilière pour couvrir le défaut de propriété de l'aliénateur (96). Mais les conditions d'application de l'article 2279 sont beaucoup plus souples que celles exigées dans le cadre de la maxime "Error communis facit jus". Point n'est besoin d'une erreur commune et invincible, la bonne foi du possesseur suffit. Un autre point contribue à éloigner l'apparence de l'article 2279. Si ce texte refuse au propriétaire toute revendication, c'est parce qu'il a commis une faute, ou du moins une négligence, en confiant les meubles à un tiers indigne de confiance. L'apparence, elle, intervient sans qu'aucun reproche puisse, en principe, être adressé au propriétaire (97). Enfin, l'apparence engendre une croyance spontanée, sans intervention du juge ou de la loi. Pour l'essentiel, elle repose sur la possession du vendeur, alors que la possession de l'acquéreur importe peu. En fait, dans le cadre de l'apparence, tout doit se passer comme s'il s'agissait d'un contrat normal, à ceci près que l'aliénateur n'est pas propriétaire. En revanche, l'article 2279 ne se soucie guère de la manière dont est transmis le droit. Il n'est pas fondé sur l'attitude du vendeur, mais sur la possession de l'acquéreur (98). Il n'y a donc aucun parallèle à faire entre l'article 2279 et les modes normaux de transmission de la propriété mobilière, alors que les mécanismes de l'apparence reposent précisément sur un tel parallèle.

---

(95) WEILL, op. cit., n° 501-PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 391-Comp. supra, n° 347, in fine.

(96) MAZEAUD, op. cit., t. III n° 815 et s.

(97) LAURENT, op. cit. (n° 48, note 112), n° 16, p. 51.

(98) La possession du vendeur n'est pas indifférente ; elle peut motiver la bonne foi de l'acquéreur.

353. - Les explications proposées par la doctrine allemande ont été aussi nombreuses et aussi diversifiées qu'en droit français. Certaines sont directement inspirées des règles du B. G. B. relatives au transfert de la propriété mobilière. Ainsi l'acquisition "a non domino" s'expliquerait-elle par l'importance que le droit allemand attache au transfert de la possession. Celui-ci étant en règle générale la manifestation d'un transfert de la propriété, il conviendrait de lui attacher les mêmes effets, même si l'aliénateur n'a aucun droit ("Traditionsprinzip") (99). Ce serait donc le respect des formes prévues pour tout transfert de propriété, et en particulier la réalisation de la tradition, qui justifierait l'acquisition "a non domino" (100). Toute transmission de la possession intervenue dans le cadre du § 929 du B. G. B., s'accompagnerait obligatoirement d'une transmission de la propriété. Séduisante parce que reposant sur l'un des mécanismes qui font l'originalité du droit allemand, cette thèse n'a pourtant pas convaincu, dans la mesure où, en fait, elle tient plus de l'affirmation que de la démonstration.

Une deuxième explication n'a guère eu plus de succès. Très classiquement, elle consiste à justifier le § 932 par la présomption de propriété attachée à la possession. Cependant, cette opinion a paru insuffisante, comme en droit français, mais pour des raisons différentes. Dans le système du Code civil, le rôle de la possession ne se limite pas à une fonction probatoire, parce qu'en conférant la propriété à l'acquéreur "a non domino", elle se substitue à son titre initial d'acquisition. En droit allemand, en revanche, l'on sait que le § 932 ne repose pas tant sur la possession que sur le respect des conditions communes à tout transfert de propriété (101). Cette constatation a servi de fondement à une troisième explication qui esquisse un rapprochement du § 932 avec les règles de l'apparence . Et de fait,

---

(99) SOERGEL, op. cit., § 932, 1.

(100) Cf. supra, n° 350.

(101) Cf. supra, n° 351.

ce qui importe en droit allemand, c'est que tout, hormis le défaut de propriété de l'aliénateur, se fasse selon les règles du droit commun. Et si l'acquéreur devient propriétaire, c'est parce qu'il a cru à la possession du vendeur, possession que ce dernier lui a transmise, conformément aux exigences du § 929 du B. G. B. . Ainsi, seule compte en droit allemand l'apparence donnée par la possession du vendeur ; c'est elle qui fait croire à sa propriété. Sans conteste, le B. G. B. est alors plus proche de la théorie de l'apparence que ne l'est le droit français (102). La question ne s'y pose pas immédiatement en termes de revendication mobilière. Celle-ci est bannie, non pas parce que l'acquéreur se trouve en possession du bien, mais parce que cette possession lui a été régulièrement transmise par le vendeur (103). En définitive, tout peut être rattaché au mode de transmission de la propriété mobilière que connaît le droit allemand et auquel se réfère expressément le § 932. Normalement, tout transfert suppose un accord de volonté et une tradition. S'agissant d'un vendeur sans droit, cet accord et cette tradition doivent exister, ne serait-ce que pour fonder la bonne foi de l'acquéreur. Certes, ce dernier peut être de mauvaise foi même si les choses se sont passées régulièrement, mais si tel n'a pas été le cas, il lui sera impossible d'être de bonne foi. En définitive, le § 932 est un véritable mode d'acquisition de la propriété et non une simple restriction apportée à la revendication mobilière (104).

Pareille conception aggrave les conditions de l'acquisition "a non domino", puisque l'on va être amené à exiger un juste titre.

---

(102) Cf. supra, n° 352-SOERGEL, op. cit., § 932, 1.-WESTERMANN, op. cit., § 45, III.-GIEHL, op. cit. (n° 351, note 85), p. 364.

(103) Ce qui justifie que le droit allemand exige en la matière un juste titre ; cf. infra, n° 368.

(104) WOLFF-RAISER, op. cit., § 68, II, 3.

D'un autre côté, le recours à l'apparence ("Legitimationstheorie") n'explique pas tout (105). Ainsi admet-on de faire jouer le § 932 bien que l'aliénateur soit simplement possesseur médiat, c'est à dire bien qu'il n'exerce pas la "Gewalt" qui pourtant, aux yeux de l'acquéreur, doit concrétiser son droit. Aussi a-t-on parfois envisagé d'expliquer le § 932, non par l'apparence créée par le vendeur, mais par les risques que crée le propriétaire en plaçant sa confiance à mauvais escient et dont il doit supporter toutes les conséquences ("Veranlassungsprinzip") (106). Ce point de vue se vérifie tout particulièrement lorsque l'on refuse de considérer comme biens perdus ou volés, ceux dont le propriétaire s'est dessaisi volontairement (107).

354. - En fin de compte, les deux législations présentent des discordances non négligeables dans leur manière d'appréhender la question de l'acquisition "a non domino". En France, le droit que confère la possession à un acquéreur de bonne foi n'est que la conséquence indirecte d'un principe qui vise avant tout à s'opposer à la revendication mobilière. En revanche, le tiers acquéreur allemand est protégé pour lui-même, à condition que les choses se soient passées régulièrement, du moins apparemment. L'on ne s'étonnera donc pas de constater que les deux droits divergent sensiblement lorsqu'ils fixent les conditions de l'acquisition "a non domino".

§ 2 : Conditions de l'acquisition "a non domino".

355. - Quel que soit le souci des deux législations de protéger l'acquéreur "a non domino", elles n'ont pu accepter pareil mode d'acquisition de la propriété, sans poser un certain nombre de condi-

(105) PAWLOWSKI, op. cit. (n° 28, note 41), p. 49.

(106) WESTERMANN, op. cit., § 45, III, 2.-Le terme de "Veranlassungsprinzip" peut se traduire approximativement par "principe d'instigation"; cf. RIEG, op. cit. (n° 110, note 105), p. 143, note 234.

(107) Cf. infra, n° 377.

tions. Parmi celles-ci la possession occupe bien évidemment une place prépondérante, encore qu'elle n'ait pas été comprise de la même manière de part et d'autre (A). Une deuxième exigence s'est imposée avec la même nécessité: l'on ne peut concevoir de protéger que celui qui ignore le défaut de droit de son vendeur (B). Quant à la dernière condition, elle ne se conçoit que dans un système où la possession ne vise pas à remplacer le titre défaillant, mais où l'on exige que soient remplies les conditions nécessaires à tout transfert de propriété. Il est alors normal, comme le fait le droit allemand, d'exiger un juste titre (C).

A. La possession.

356. - Le rôle de la possession varie sensiblement d'un droit à l'autre. L'on sait, en effet, que si tous deux consacrent le droit de propriété d'un acquéreur "a non domino", ils le font selon des règles qui leur sont propres. Dans l'optique du Code civil, une seule possession mérite que l'on y prête attention, celle de l'acquéreur. Le titre de ce dernier n'a pu lui transmettre de droit, puisqu'il n'émanait pas du véritable propriétaire ; c'est à ce titre que vient se substituer la possession de l'acquéreur. Cette substitution est la condition nécessaire pour que l'acquéreur puisse s'opposer à toute action en revendication de la part du propriétaire, et donc pour qu'il soit définitivement consolidé dans son droit (1°). La démarche du droit allemand procède d'une autre philosophie. A ses yeux seul importe le respect des formes propres à tout transfert de la propriété mobilière. En matière d'acquisition "a non domino", la possession n'est pas appelée à jouer un rôle particulier : elle intervient de la même manière que pour tout transfert de propriété. Le vendeur doit donc être en possession du bien, ce qui lui donne l'apparence du véritable propriétaire (108). Cette possession doit être transmise à l'acquéreur selon les règles du § 929 du B. G. B. (109). Autrement dit, si l'acquéreur peut s'opposer à l'action en revendication, ce n'est pas seulement parce qu'il est en possession du bien, mais parce que cette possession lui a été régulièrement transmise (2°).

(108) Cf. supra, n° 353.
(109) Cf. infra, n° 368.

1°) Possession de l'acquéreur en droit français.

357. - La première condition requise par l'article 2279 du Code civil s'impose d'elle-même : l'acquéreur, s'il veut s'opposer avec succès à l'action en revendication du propriétaire, doit être en possession du bien au moment où cette action est exercée. A l'égard de cette condition, le droit français se montre particulièrement sévère, puisqu'il exige une possession réelle et effective qui se concrétise par la détention matérielle du bien (110). Généralement, on justifie cette exigence par l'application par analogie de l'article 1141 du Code civil (111). Or, ce texte sert à régler un conflit entre deux possesseurs successifs qui tiennent leurs droits du même auteur; la possession peut dans ce cas apparaître comme un "mode empirique de publicité" (112). L'on conçoit qu'en pareille circonstance, la préférence soit donnée à celui qui détient effectivement le meuble. Mais dans le cadre de l'article 2279, la question ne se pose pas en ces termes. La possession est nécessaire pour faire acquérir le droit; l'idée de publicité ne se retrouve pas ici : "il devrait suffire que la possession existe même corpore alieno" (113). Tel n'est cependant pas l'opinion des tribunaux qui confortent la thèse dominante en doctrine (114). Cette solution n'est pas sans inconvénients graves qu'illustre une affaire récente. Désireux de vendre sa voiture, un proprié-

---

(110) RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2835.-PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 376.-WEILL, op. cit., n° 479.-CARBONNIER, op. cit., n° 76, p. 271.

(111) "Si la chose qu'on est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et en demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi."

(112) CARBONNIER, op. cit., n° 79, p. 280.

(113) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 393.

(114) Req. 12 mars 1888, D.P. 1888.1.404.-Civ. 5 août 1890, D.P. 1891. 1.21.-Civ. 12 décembre 1921, D.P. 1922.1.28.

taire la confie à un tiers, ainsi que les papiers du véhicule. Le tiers se fait passer pour le véritable propriétaire, vend le véhicule à un garagiste et en conserve le prix. Le propriétaire porte plainte et la police invite le garagiste à restituer le bien, ce qu'il fait. Par la suite le garagiste demande, sur le fondement d'un droit de propriété acquis grâce à l'article 2279, la restitution du véhicule ou le remboursement du prix. Cela lui est successivement refusé par la Cour d'appel et par la Cour de Cassation qui estime que les juges du fond ont à bon droit décidé que le garagiste "ayant perdu la possession de la voiture, ne pouvait revendiquer le bénéfice de l'article 2279 du Code civil" (115). La question était donc posée d'une manière inhabituelle, puisqu'il s'agissait de savoir si le tiers acquéreur pouvait invoquer l'article 2279, alors qu'il avait restitué le bien au propriétaire initial. En répondant par la négative, la Cour de cassation semble se situer dans le droit fil des solutions exigeant une possession réelle et effective. Mais c'est oublier qu'en l'espèce le garagiste avait eu la possession du véhicule et que de ce fait, il en était devenu propriétaire. Victime d'un abus de confiance, et donc s'étant dessaisi volontairement du bien, le propriétaire ne pouvait empêcher le jeu de l'article 2279 au profit de tout tiers acquéreur de bonne foi, tel notre garagiste. On n'a pas manqué de relever les inconvénients de la solution contraire défendue par la Cour de cassation : elle aboutit à considérer que les effets de l'article 2279 se limitent à paralyser temporairement l'action en revendication du propriétaire initial qui ne perd pas pour autant son droit de propriété (116). L'on sait qu'au contraire, la règle "En fait de meubles ..." conduit à l'acquisition de la propriété et que de surcroît elle légitime le procédé de transmission (117). L'acquéreur de bonne foi

---

(115) Civ. 1°, 5 octobre 1972, G. P. 1973.2.14, note B. V. ; J.C.P. 1973,II.17485, note BENABENT ; Rev. trim. dr. civ. 1973,149, obs. BREDIN.

(116) Cf. note BENABENT, précitée. Contra BREDIN, obs. précitées.

(117) Cf. infra, n° 371.

est donc définitivement propriétaire et la remise du bien au propriétaire initial devrait à cet égard être indifférente. En outre, admettre en l'occurrence le droit de propriété du garagiste permettrait de mettre en harmonie le droit civil et le droit pénal. Ce dernier qualifie, en effet, de receleur l'individu qui conserve par devers lui un bien enlevé à son légitime propriétaire et dont il apprend l'origine (118). Autrement dit, contrairement à l'article 2279 (119), le droit pénal tient compte de la mauvaise foi survenue postérieurement à l'entrée en possession. Dès lors, la situation du possesseur de bonne foi est intenable. S'il restitue le bien, il perd la possession et par conséquent la propriété. S'il le conserve, il risque d'être inculpé de recel ... A tous égards, la solution de la Cour de cassation est donc fort discutable.

358. - La possession qu'exige ainsi la mise en oeuvre de l'article 2279 doit répondre à certaines conditions. Bien évidemment, il ne peut s'agir que d'une possession "animo domini". A aucun moment la règle "En fait de meuble..." ne saurait profiter à un détenteur précaire. Mais la portée de cette condition doit être précisée. C'est ainsi qu'une place à part doit être réservée au créancier gagiste. Ce dernier, comme tous ceux qui sont possesseurs d'un droit réel, est possesseur non de la chose, mais de son droit (120). La jurisprudence a donc admis qu'il pouvait opposer cette possession à tout tiers qui prétendrait être le véritable propriétaire du bien et qui le lui réclamerait (121). En toutes hypothèses, le propriétaire conserve la possibilité de renverser la présomption d'animus domini, en établissant le caractère précaire de la possession de l'acquéreur (122). De toute manière, l'animus domini n'est exigé qu'au moment de l'entrée

---

(118) Article 406 du Code pénal-Cf.infra, n° 365.

(119) Cf. infra, n° 363.

(120) Cf. supra, n° 34.

(121) Req. 12 mars 1888, précité note 114.

(122) Civ. 24 octobre 1923 S. 1924.1.121, note ESMEIN.-Civ. 4 décembre 1918, G.P. 1918-19, p. 596; Rev.trim.dr.civ. 1919, 549, obs. HUGUENEY-Civ.1°, 4 mars 1975-Bull. civ. I, n° 90, p. 79.

en possession (123).

Une deuxième condition a fait naître quelques doutes. Doit-on exiger une possession sans vices ? En fait, la question des vices prend ici un tour particulier. Ainsi, à partir du moment où le possesseur doit être de bonne foi, par hypothèse on n'envisage pas qu'il ait acquis la possession par la violence. De même, la discontinuité n'a en l'espèce aucune raison d'être, l'acquisition de la propriété se faisant immédiatement (124). Seules, demeurent en question, la clandestinité et l'équivoque. Malgré l'opinion de certains il semble difficile de ne pas en tenir compte. Certes, en jurisprudence les vices sont le plus souvent invoqués lorsque l'article 2279 intervient comme règle de preuve, mais certaines décisions concernent effectivement l'acquisition "a non domino" (125).

2° Possession du vendeur et de l'acquéreur en droit allemand.

369. - En droit allemand, dans la mesure où l'acquisition "a non domino" doit respecter, au moins apparemment, les conditions qui sont celles de tout transfert de propriété mobilière, la possession du vendeur n'est pas moins importante que celle de l'acquéreur. Elle est ce qui, aux yeux des tiers, donne à l'aliénateur l'apparence d'un véritable propriétaire (126). Elle est aussi ce qui permet à l'acquéreur d'être de bonne foi (127). Le sort privilégié ainsi réservé à la possession du vendeur entraîne deux conséquences originales, du moins au regard du droit français. Tout d'abord, puisque l'acquisition "a non domino" repose sur un véritable transfert de la possession du vendeur, elle ne réalise pas une acquisition à titre

(123) Civ. 1°, 4 janvier 1972, Bull. civ. I, n° 4, p. 4.

(124) RIPERT - BOULANGER, op. cit., n° 2835. - WEILL, op. cit., n° 480.

(125) Orléans, 31 mars 1906, Rev. trim. dr. civ. 1906, 683, obs. LEVY-Req. 11 janvier 1937, D. 1937, 97.-Civ. 20 décembre 1955, J.C.P. 1955.II.9455, note WEILL.

(126) Cf. supra, n° 50 ; Contra : PAWLOWSKI, op. cit. (n° 28, note 41), p. 50.

(127) STAUDINGER, op. cit., § 932, 20.

originaire (128). Ensuite, l'aliénation qui est opérée par un détenteur subordonné n'entre pas dans les prévisions du § 932. On sait que le détenteur subordonné exerce la "Gewalt", mais qu'en raison des liens qui l'unissent au "Besitzherr", il n'a pas l'indépendance nécessaire pour être considéré comme un possesseur (129). Le texte du § 932 n'envisageant que les aliénations faites par un possesseur, l'on est donc conduit à écarter celles opérées par un "Besitzdiener" (130). Pareille solution a de graves inconvénients à l'égard des tiers acquéreurs. Comment ces derniers sont-ils en mesure de distinguer le "Besitzdiener" du possesseur, tous deux exerçant la "Gewalt" ? Certains ont alors suggéré, en vue de protéger les tiers, d'appliquer le § 932 du B. G. B. aux aliénations d'un détenteur subordonné, à partir du moment où le "Besitzherr" lui a donné des pouvoirs tels qu'il ne peut apparaître aux yeux du tiers acquéreur que comme un possesseur (131). Mais ce n'est là qu'une réserve de faible portée, et il demeure qu'en règle générale le § 932 ne concerne pas les aliénations faites par un "Besitzdiener". En pareille hypothèse, les choses ven-

---

(128) Cf. infra, n° 371.

(129) Cf. supra, n° 123.

(130) STAUDINGER, op. cit., § 932, 22.

(131) SCHMELZEISEN, op. cit. (n° 94, note 53), p. 156 - WESTERMANN, op. cit. § 49, 1, b. - WIEGANG, op. cit. (n° 351, n° 85), p. 205. Contra : WEIMAR, op. cit. (n° 124, n° 196), p. 24.-Comp. K.WOLFF, Schutz des guten Glaubens bei abhanden gekommenen Sachen im deutschen u. französischen Recht, Diss., Fribourg, 1967, p. 79 qui esquisse à partir de cette question un rapprochement contestable avec les mécanismes du droit français. A ses yeux, lorsque la possession du vendeur est équivoque, l'article 2279 ne s'appliquerait pas. Or, en droit français, la question ne se pose pas en termes de possession, mais en termes de bonne ou mauvaise foi de la part du tiers acquéreur.

dues seront assimilées aux biens perdus ou volés (132).

360. - En deux circonstances pourtant, la possession du vendeur n'interviendra pas dans les formes qui viennent d'être décrites. Le premier tempérament a pour cadre le contrat de vente. Deux hypothèses peuvent se présenter. L'acquéreur peut tout d'abord savoir que le possesseur avec qui il traite n'est pas propriétaire du bien ; mais il croit à la possession d'un tiers qui consent à la vente. La jurisprudence estime qu'en l'occurrence le § 932 s'applique, que le tiers soit un possesseur médiat ou non, pourvu que l'acquéreur puisse avoir de fortes raisons de croire en la propriété de celui qui donne son accord à la vente (133). Il se peut également que l'acquéreur traite avec un vendeur qui n'est pas en possession du bien ; il recevra donc la possession d'un tiers à qui le vendeur aura donné l'ordre de la transférer. Les tribunaux ont estimé que la remise du bien intervenue sur ordre du vendeur était suffisante. A leurs yeux, le pouvoir de faire transférer la possession est suffisamment fort pour que l'on puisse l'assimiler à l'apparence que constitue normalement la possession du vendeur. Il y a donc lieu d'appliquer en pareille circonstance le § 932, quand bien même le vendeur ne serait pas possesseur médiat vis à vis du tiers. Autrement dit, peu importe la nature du pouvoir qu'exerce le vendeur, pourvu que ce soit sur son ordre que la chose soit remise à l'acquéreur (134).

---

(132) Cf. infra, n° 377.

(133) B. G. H. 11 juin 1953, N. J. W. 1953, 1506, note HOCHE ; B. G. H. Z. 10.81.-B. G. H. 5 mai 1971, B. G. H. Z. 56, 123 ; N.J.W. 1971, 1453 ; L. M. 27 zu § 932, note MORMANN.-B. G. H. 5 février 1975, 464, note SCHMIDT.

(134) B. G. H. 30 octobre 1961, B. G.H.Z. 36, 56 ; N. J. W. 1962, 299 M. D. R. 1962, 208 ; L. M. n° 18 zu § 932 , note RIETSCHEL. Voir également CAEMMERER, Übereignung durch Anweisung zur Übergabe", J. Z. 1963, 586. - WALDE, "Die Übergabe auf Geheiss und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums", J. Z. 1974, 689. - WEITNAUER, "Die bewusste u. zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens", N. J. W. 1974, 1729.

Le second tempérament vise un mode particulier de transmission de la propriété mobilière. Aux termes du § 931, "si un tiers est en possession de la chose, la tradition peut être remplacée par la cession que le propriétaire fait à l'acquéreur de son action en restitution". Ce texte suppose donc qu'un tiers soit en possession du bien et qu'entre lui et le propriétaire existe une "Besitzmittlungsverhältnis" (135), propre à conférer à ce dernier le droit d'obtenir la restitution de la chose. Si de telles conditions sont réunies, il est alors possible de recourir au § 934 du B. G. B. (136).

Selon cette disposition, si l'aliénateur est possesseur médiat, il lui suffit de transmettre à l'acquéreur l'action en restitution dont il dispose à l'encontre du possesseur direct. Là, comme dans le cadre du § 932, tout doit se passer comme si le vendeur était effectivement propriétaire du bien (137). Dans le cas contraire, c'est-à-dire celui où le vendeur ne serait pas possesseur médiat, l'acquisition "a non domino" n'aura lieu qu'au moment où l'acquéreur obtient la possession de la part du tiers (138).

Tous ces mécanismes, qu'ils soient d'origine jurisprudentielle ou légale, constituent de sérieuses atténuations au rôle normalement imparti à la possession du vendeur. Dans bon nombre de circonstances,

---

(135) Cf. supra, n° 136.

(136) "Lorsqu'une chose aliénée conformément au § 931 n'appartient pas au vendeur, l'acquéreur devient propriétaire si l'aliénateur, ayant la possession médiate, lui cède son action en restitution, et, dans le cas contraire, il devient propriétaire, si le tiers le met en possession sauf s'il n'était pas de bonne foi à l'époque de la cession de l'action ou de la prise de possession".

(137) En outre, le § 934 permet au possesseur médiat de tourner la prohibition du § 933 du B. G. B., cf. infra, n° 361.

(138) STAUDINGER, op. cit., § 934, 1.

ce n'est pas elle qui fonde la confiance de l'acquéreur, mais bien plutôt le pouvoir dont dispose le vendeur à l'égard des tiers. Mais l'on ne s'éloigne pas pour autant de l'idée d'apparence : le comportement du vendeur peut, au même titre que sa possession, laisser croire à son bon droit.

361. - La nécessité d'une possession de la part de l'acquéreur ne s'impose pas avec la même force qu'en droit français. Elle n'est qu'une conséquence du recours aux règles du § 929 du B. G. B. qui suppose un transfert de la possession de l'aliénateur à l'acquéreur. Normalement, cette transmission s'effectue par la tradition du bien ; mais lorsque l'acquéreur est déjà en possession du bien, l'accord des volontés suffit ("Traditio brevi manu").

Un point ne soulève aucune discussion : la possession ainsi requise, aussi bien d'ailleurs du côté du vendeur que du côté de l'acquéreur, est nécessairement une possession "animo domini". Il n'y a là rien d'étonnant, si ce n'est qu'une fois de plus le droit allemand s'aligne sur les solutions françaises. Il est vrai qu'il pouvait difficilement faire autrement, la transmission de la possession devant matérialiser celle de la propriété.

Mais sur bien des points les solutions allemandes traduisent une originalité certaine. Ainsi la possession n'a-t-elle pas besoin d'être effective au moment où le propriétaire exerce l'action en revendication. Dès lors que les conditions du § 932 sont remplies, et que par conséquent l'acquéreur est, à un moment donné, entré en possession du bien, il en devient propriétaire définitivement. Il est ainsi placé exactement dans la situation d'un acquéreur "a domino". Cela permet de vérifier une nouvelle fois à quel point le droit allemand a le souci de mettre en parallèle l'acquisition "a non domino" et l'acquisition "a domino". L'on sait que le droit français est loin de partager cette opinion, même si tout devrait l'y inciter (139).

(139) Cf. supra, n° 357.

La seule difficulté tient aux différents types de possession que connaît le droit allemand. Peut-on se satisfaire chez l'acquéreur d'une possession médiate ? La réponse du B. G. B. est négative. Ainsi, lorsque le transfert de la propriété s'opère par le biais du constitut possessoire et que l'aliénateur n'est pas propriétaire, l'acheteur de bonne foi n'acquiert la propriété qu'au moment où il obtient la possession directe du bien (§ 933 du B. G. B.). Autrement dit, un constitut possessoire qui serait l'oeuvre d'un vendeur sans droit, est incapable de transférer la propriété (140). Cette solution peut aisément se justifier. Le propre du constitut possessoire est de laisser le bien entre les mains du vendeur. En l'occurrence, en l'absence d'une disposition telle que le § 933, il aurait fallu décider que l'acquéreur devient propriétaire, tout en laissant le bien à quelqu'un, le vendeur, qui, lui, ne l'est pas. D'un autre côté, l'intérêt pratique actuel de cette disposition est de protéger le vendeur à crédit contre les contrats à titre de sûreté ("Sicherungsübereignung") que pourrait faire l'acquéreur, avant qu'il ne soit devenu propriétaire du bien (141).

Les mêmes raisons font que lorsqu'un tiers est en possession du bien et que le vendeur n'est pas possesseur médiat, l'acquéreur n'obtient la propriété qu'au moment où le tiers lui transfère la possession (142). Mais on s'est alors demandé si ce tiers pouvait se contenter de transférer une simple possession médiate. Apparemment, le texte du § 934 ne s'y oppose pas, puisque, contrairement au § 933, il n'emploie pas le terme de tradition. Encore faudrait-il décider à quel titre l'acquéreur va ainsi obtenir la possession médiate. L'on sait que cette

---

(140) R.G. 10 juin 1932, R.G.Z. 137,23 (27)-STAUDINGER,op.cit.,§ 933,1. WOLFF-RAISER, op. cit., § 69.II.2.

(141) WOLFF-RAISER, ibidem. La situation inverse peut se présenter : un acquéreur "a non domino" peut avoir contracté avec une clause de réserve de propriété. On admet qu'il ne peut bénéficier du § 932 qu'au moment où il aurait pu devenir propriétaire : B. G. H. 21 mai 1953, B. G. H. Z. 10, 69 ; J. Z. 54,40, note DUDEN.-Cf. BLOMEYER, "Eigentumsvorbehalt u. gutgläubiger Erwerb, A.c.P. 153, 239.

(142) § 933 ; cf. supra, n° 360.

dernière repose sur une "Besitzmittlungsverhältnis" (143). Pour que celle-ci soit établie, la doctrine estime généralement qu'il suffit d'un changement de volonté de la part du tiers, déclarant vouloir posséder dorénavant pour l'acquéreur (144). De la sorte, l'on se contente d'une simple possession médiate, ce qui constitue une première exception à la règle précédemment exposée. Mais l'exception la plus importante se situe dans une autre hypothèse, également envisagée par le § 934. L'on sait que lorsque "le non dominus" est possesseur médiat, il lui suffit de transmettre son action en restitution pour que la propriété soit également transmise (145). Ainsi, un possesseur médiat peut-il transférer la propriété, non par le biais du constitut possessoire, mais par celui du § 934. En pareille circonstance, il suffit que l'acquéreur obtienne la possession médiate, pour que la propriété lui soit transmise. Dans cette mesure, le § 934 permet de tourner la prohibition du § 933 (146).

362. - La possession constitue ainsi le premier volet de toute acquisition "a non domino". Si dans les deux législations, il s'agit bien d'une possession "animo domini", le droit allemand en use d'une manière toute particulière. Tout d'abord, il en fait une condition tant pour le vendeur que pour l'acquéreur. Ensuite, il se montre singulièrement plus large que le droit français, dans la mesure où il lui arrive de se contenter d'une possession médiate. Cependant, ces divergences tiennent moins à la possession elle-même qu'à la manière dont les deux droits appréhendent les questions relatives à l'acquisition "a non domino". En droit allemand, on ne saurait oublier que tout repose sur un parallélisme des formes entre l'acquisition "a non domino" et l'acquisition "a domino".

---

(143) Cf. supra, n° 136.

(144) STAUDINGER, op. cit., § 934, 2.

(145) § 934 ; cf. supra, n° 360.

(146) WOLFF-RAISER, op. cit., § 69, II,2, d.-Cf. supra, n° 360.

8) La bonne foi.

363. - L'exigence de la bonne foi n'est pas inscrite dans la lettre de l'article 2279 du Code civil. Elle résulte de la combinaison de ce texte avec l'article 1141 du Code civil. De toute manière, pareille condition s'impose d'elle-même. L'on voit mal un acquéreur traitant en pleine connaissance de cause avec un aliénateur "non dominus", se prévaloir par la suite d'une acquisition de la propriété (147).

C'est une conception relativement étroite qui est retenue dans le cadre de l'article 2279. La bonne foi se limite "à la croyance pleine et entière où s'est trouvé le possesseur au moment de son acquisition, des droits de son auteur à la propriété des biens qu'il lui a transmis" (148). Elle concerne donc uniquement les pouvoirs de l'aliénateur. En d'autres termes, elle demeure étrangère aux questions relatives à l'existence ou à la validité du procédé qui sert de titre d'acquisition. Ainsi, la connaissance des vices du titre n'est-elle pas exclusive de la bonne foi (149). Cette conception a paru à certains par trop favorable au possesseur. A leurs yeux, celui-ci doit "non seulement avoir cru qu'il avait à faire au véritable propriétaire du meuble, mais qu'il avait avec lui des relations juridiques susceptibles de lui transférer la propriété ou un droit réel" (150). On définit ainsi la bonne foi comme en matière d'usucapion décennale (151). Cependant, cette opinion paraît difficilement conciliable avec l'esprit de la maxime "En fait de meubles..." et la manière dont la jurisprudence l'applique.

---

(147) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 381.-RIPERT-BOULANGER, op.cit., n° 2836.-WEILL, op. cit., n° 481,-CARBONNIER, op. cit., n° 76, p. 271. - V. notamment : Req.1 février 1893, D. P. 1894, 1, 278.-Req. 11 janvier 1937, G. P. 1937.1.445 ; Rev.trim.dr.civ. 1937,389,obs.SOLUS.-T.Civ. Seine 10 janvier 1941, G. P. 1941, 1, 85 ; Rev. trim. dr. civ. 1940/1941, 288, obs. SOLUS.-Paris, 15 février 1961, G. P. 1961, I, 190 ; Rev. trim. dr. civ. 1961, 342, obs. SOLUS-Civ. 1°, 23 mars 1965, Bull. civ. I, n° 206, p. 151.

(148) Civ. 1°, 23 mars 1965, précité, note 147.

(149) ABDEL-BAKI, op. cit. (n° 347, note 71), p. 231.

(150) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 394.

(151) Cf. infra, n° 431.-MAZEAUD, op. cit., n° 1533.

Ce que l'on demande au possesseur, ce n'est pas de croire en sa propre propriété, mais d'avoir cru à la propriété de son auteur ; "la bonne foi n'est donc pas protégée ici pour elle-même, sur le fondement exclusif de sa valeur morale, mais dans un but principal de sécurité et d'opportunité" (152). La situation du possesseur s'en trouve considérablement améliorée, puisqu'il est protégé , sans que l'on se demande s'il ignore ou non les vices de son titre.

Comme le veut l'article 2268 du Code civil, la bonne foi se présume. Cependant, la jurisprudence a quelque peu facilité la tâche du revendiquant. Dans certaines circonstances, elle estime que la mauvaise foi du possesseur est établie, sans que l'on ait pour autant réussi à prouver directement qu'il savait avoir traité avec un non propriétaire. Tel sera le cas, lorsque l'acheteur aurait dû connaître le défaut de propriété de son auteur ; autrement dit, le possesseur doit faire preuve d'une certaine vigilance et à la mauvaise foi est assimilée la négligence grossière. Ainsi, un acquéreur a-t-il été déclaré de mauvaise foi en raison "du prix faible consenti pour des oeuvres de Toulouse-Lautrec dont il ne pouvait pas, en professionnel averti, ne pas connaître la qualité" (153). De même, l'acheteur doit-il s'entourer d'un certain nombre de précautions. La Cour de Cassation a estimé qu'un acquéreur avait manqué de prudence dans le choix de son vendeur en acceptant de conclure une vente de meubles volés dans le camion même d'un transporteur (154). Il y a là sans conteste un rapprochement avec le § 932 du B. G. B. qui, lui, prévoit expressément les cas de négligence grossière.

364. - Plus précis que l'article 2279, le § 932 du B.G.B. définit ce qu'il faut entendre par mauvaise foi. Un acquéreur est de

---

(152) VOUIN, La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français, Th. Bordeaux, 1939, n° 171, p. 314.

(153) Civ. 1°,16 juin 1971,D.1971,556,note A.B.-Rev.trim.dr.civ.1972, 153,obs. BREDIN.

(154) Civ. 1°, 2 février 1965, D.1965,371 ; Rev.trim.dr.civil.1965, 676, obs. BREDIN.

mauvaise foi "lorsqu'il sait que la chose n'appartient pas à l'aliénateur ou lorsque son ignorance à cet égard relève de la négligence grossière". C'est donc une définition négative à laquelle se rallie le B. G. B., et cela peut avoir des conséquences importantes sur le terrain de la preuve. La mauvaise foi consiste ainsi à connaître le défaut de propriété de l'aliénateur (155). Pareille définition, fort proche de celle connue en droit français, n'engendre guère de difficultés. Il faut cependant constater que la bonne foi ne concerne que la croyance dans le droit de propriété de l'auteur direct de l'acquéreur. Et cette bonne foi continue d'exister, même si l'acheteur connaît le défaut de propriété d'un éventuel prédécesseur de l'aliénateur. Un auteur est allé jusqu'à affirmer que, lorsqu'un vendeur cède le bien à un tiers sans lui en transférer la possession, l'acheteur qui connaît cette circonstance ne sera pas de mauvaise foi, puisque faute de tradition, cette première vente n'aura pas privé l'aliénateur de son droit (156). Mais comme le souligne Saleilles, point n'est alors besoin du § 932 (157). En fait, l'hypothèse sur laquelle s'appuie M. Waelbroeck concerne le § 366 du Code de commerce qui, par exception, admet que la bonne foi puisse concerner les pouvoirs de l'aliénateur (158).

En fait, les difficultés se cristallisent autour de la notion de négligence grossière. En principe, cette dernière se définit en tenant compte de la qualité et de la compétence de l'acquéreur.

---

(155) B. G. H. 21 décembre 1960, N.J.W. 1961, 77.

(156) WAELBROECK , op. cit. (n° 230, note 29), n° 87.

(157) SALEILLES, op.cit.(n° 89, note 29), p. 102.-Comp.infra., n° 456.

(158) Cf. STAUDINGER, op. cit., § 932, 25.

Comme, de surcroît, le droit allemand exige que tout se passe conformément aux règles du droit commun, on ne saurait tolérer de l'acquéreur "a non domino" qu'il prenne moins de précautions que n'importe quel autre acheteur. Ainsi a-t-on reproché à une banque d'avoir omis de prendre certaines précautions, alors qu'elle avait des doutes sur les droits du vendeur (159). De même, un marchand de métaux a-t-il été convaincu de négligence grossière : il ne s'était pas renseigné sur la provenance de certains métaux, alors que ceux-ci n'étaient employés que dans certains domaines et que l'attention du public avait été attirée sur les vols les concernant (160).

Dans la mesure où la négligence et la faute sont ainsi mises sur un pied d'égalité, c'est une véritable obligation de se renseigner qui pèse sur l'acquéreur (161). De ce fait, sa situation paraît à certains égards plus difficile qu'en droit français, d'autant plus que la jurisprudence n'a pas hésité à sanctionner largement cette obligation de renseignements. Elle s'est montrée particulièrement sévère en deux occasions. La première a trait aux biens qui sont traditionnellement achetés à crédit avec une clause de réserve de propriété en faveur du vendeur. En pareille circonstance, l'acheteur a l'obligation de prendre toutes les précautions et de se renseigner sur l'existence d'un éventuel transfert à titre de sûreté. Les tribunaux n'ont pas hésité à affirmer que, pour certaines marchandises, la probabilité d'une livraison sous réserve de propriété est telle que l'acquéreur de ces biens doit prouver qu'il s'est renseigné sur les droits du vendeur (162). Il en va également ainsi lorsque l'acquéreur a des doutes sur les véritables motifs du vendeur, dont le comportement pourrait s'expliquer par des difficultés écono-

---

(159) B.G.H. 13 mai 1958, F.Z.V., n° 7573-Cf.WIEGAND,op.cit.(n°351, n° 85), p. 207.

(160) B.G.H. 30 septembre 1960,M.D.R. 1961,52. Dans l'ensemble la jurisprudence se montre relativement sévère : R.G. 17 novembre 1910, R.G.Z. 74, 356.-B.G.H. 28 juin 1954, B.G.H.Z. 14,114(120).

(161) STAUDINGER,op.cit.,§ 932,24.-R.G.14 novembre 1891,R.G.Z.,28,113.

(162) O.L.G. Celle du 8 janvier 1960, N. J. W. 1960, 96.

miques et dont les biens font l'objet d'une réserve de propriété en faveur d'un fournisseur (163). Pourtant, sous peine de paralyser la libre circulation des meubles, la jurisprudence a été contrainte de reconnaître que les usages du commerce permettaient une plus grande confiance de l'acquéreur et lui évitaient de se livrer à de trop longues vérifications (164). Il n'en demeure pas moins qu'au regard du droit allemand, la sévérité de la jurisprudence peut s'expliquer par la nécessité de protéger l'efficacité de mécanismes tels que le transfert à titre de sûreté ou la réserve de propriété (165).

Les tribunaux ne se sont pourtant pas montrés moins sévères en matière de vente de véhicules d'occasion, question qui, à propos du § 932, fournit un important contentieux. Ce dernier a trait au rôle qu'il convient de faire jouer à la carte grise. Mais à cet égard la jurisprudence est décevante, ou plus exactement, comme tout est une question de fait, on ne peut rattacher les différentes solutions qu'à une idée générale très vague : l'acheteur est dans l'obligation de se renseigner dès qu'il a le moindre doute. Et à ce titre, la consultation de la carte grise ne peut être qu'un élément parmi d'autres (166). Toutefois, certaines décisions n'ont pas hésité à déclarer l'acquéreur de mauvaise foi, du seul fait qu'il avait omis de se faire présenter la carte grise ; il est vrai qu'il s'agissait le plus souvent de profession-

---

(163) B.G.H. 4 novembre 1958, F.Z. VI, n° 3108.-Cf.B.G.H. 20 septembre 1967, F.Z. XIV, n° 2861.-B.G.H. 5 novembre 1969, J.R. 1970,181.

(164) B.G.H. 19 juin 1958, N.J.W. 1958,1486.-B.G.H. 22 juin 1966, N.J.W. 1966, 1959 ; L. M. n° 22 zu § 932.-B.G.H. 17 décembre 1969, L.M. 26 zu § 932.

(165) SCHANTZ, "Misstrauenschutz ? Zur Rechtsprechung des Reichgerichts über Eigentumsvorbehalt u. gutgläubigen Dritterwerb".A.c.P. 142,67. WEYER, "Schutz des Eigentumsvorbehalts u. gutgläubiger Erwerb an beweglichen Sachen", N. J. W. 1966, 959.

(166) L.G. Hambourg, 28 juin 1956, F.Z. V, n° 7578.-B.G.H. 27 janvier 1965, N.J.W. 1965, 687 ; L.M. n° 12 zu § 366 H.G.B.-B.G.H. 21 janvier 1970,N. J. W. 1970, 653.

nels (167) . Dans d'autres circonstances cependant, et plus spécialement lorsqu'aucun doute n'était possible, les tribunaux admirent que l'on pouvait se passer de la consultation de la carte grise (168). Si l'on excepte le principe d'une obligation de renseignements mise ainsi à la charge de l'acquéreur, tout se résume à ces cas d'espèces (169).

Ainsi définie, la bonne foi du B. G. B. ressemble fort à celle de l'article 2279 du Code civil (170) . En réalité, la portée de la bonne foi est singulièrement restreinte en droit allemand: elle ne concerne que le défaut de propriété de l'aliénateur. C'est dire que, contrairement au droit français, elle est tout à fait incapable de couvrir une irrégularité quelconque du titre et qu'en outre, elle ne saurait concerner une simple erreur sur les pouvoirs de l'aliénateur. Il y a là une conséquence logique tenant à l'ensemble des mécanismes qui président aux règles de l'acquisition "a non domino". Aux termes même du § 932, l'on sait que l'acquisition "a non domino", le défaut de propriété de l'aliénateur mis à part, doit se faire selon les règles du droit commun. La bonne foi de l'acquéreur ne saurait donc se substituer à son titre (171).

---

(167) B. G. H. 19 octobre 1955, F.Z. XI, n° 2524.-B.G.H. 23 mai 1966, L. M. n° 21 zu § 932, qui va jusqu'à reprocher à un marchand de véhicules d'occasion de ne pas s'être rendu compte qu'on lui remettait une fausse carte grise. B.G.H. 14 février 1967,F. Z. XIII, n° 2923.-Cf. MÜHL, "Treu u. Glauben im Sachenrecht", N. J. W. 1956, 1657.

(168) O. L. G. Hamm, 13 janvier 1964, N. J. W. 1964, 2257.-O. L. G. Saarbrücken, 6 septembre 1967, Z. F. XV, n° 2850.-B. G. H. 27 septembre 1961,L. M. n° 17 zu § 932 où s'agissant d'un véhicule anglais, l'on se contente de la présentation des documents qui font foi en Angleterre.

(169) Pour d'autres précisions, cf. SCHLECHTRIEM, "Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugsbriefs", N. J. W. 1970, 2088.

(170) Cf. supra, n° 363.

(171) STAUDINGER, op. cit., § 932, 26.

Le renvoi au § 929 ou à tout autre mode d'acquisition de la propriété mobilière, implique une transmission régulière de la possession. Ainsi, le titre est-il une condition nécessaire dont la bonne foi ne peut couvrir les irrégularités éventuelles. A cette règle le droit allemand ne connaît qu'une exception, celle du § 366 du Code de Commerce (172). Si donc la notion de bonne foi apparaît fort proche d'un droit à l'autre, son domaine est sensiblement plus restreint en droit allemand.

365. - Aussi bien en droit français qu'en droit allemand, la bonne foi s'apprécie au moment de l'entrée en possession. La solution est indiscutée en droit français (173). Elle est cependant difficilement conciliable avec les solutions du droit pénal (174). L'on sait en effet que celui qui a acquis de bonne foi un meuble détourné par abus de confiance, sera néanmoins convaincu de recel s'il conserve le bien après en avoir appris l'exacte origine (175). Cette attitude fort discutable aboutit à une impasse à partir du moment où l'on estime qu'en rendant le bien au véritable propriétaire, le possesseur, même de bonne foi, perd le droit de se prévaloir de l'article 2279 du Code civil (176).

---

(172) § 366 al.1 H. B. G. : "Lorsque, dans l'exercice de son commerce, un commerçant aliène ou donne en gage un meuble qui ne lui appartient pas, on applique les règles du Code civil édictées en faveur de celui qui tient ses droits d'une personne non qualifiée, même si la bonne foi de l'acquéreur a consisté à croire que celui qui a aliéné la chose ou l'a donnée en gage, le faisait pour le compte du propriétaire".Cf.WIEGAND, op. cit. (n° 351,note 85), note 13.

(173) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 381. MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 394. - WEILL, op. cit., n° 481.-CARBONNIER, op. cit., n° 78, p. 281.

(174) Cf. supra, n° 357.

(175) Crim. 18 juin 1936, S. 1937.1.193, note HUGUENEY.-Crim. 7 juillet 1944, J.C.P. 1947.II.3410, note L.M. et R.A.-Crim. 22 janvier 1948, S. 1949, I, 149, note LEMERCIER.

(176) Cf. supra, n° 357.

Une deuxième source de difficultés réside dans la détermination du moment de l'entrée en possession. Dans une espèce récente, les héritiers d'un possesseur de mauvaise foi soutenaient, d'une part, que la bonne foi devait s'apprécier dans la personne de celui qui invoque la possession et, d'autre part, qu'à leur égard il fallait se placer au moment de l'ouverture de la succession. La Cour de Cassation répondit "qu'à la différence du successeur particulier, l'héritier succède aux vices de la possession de son auteur" et que par conséquent la mauvaise foi du de cujus les empêchait d'invoquer l'article 2279 (177). Pareille argumentation revient à appliquer à l'article 2279 les règles de l'usucapion immobilière où "l'héritier reçoit la possession telle qu'elle était exercée par son auteur, irrémédiablement affectée de ses caractères et de ses vices " (178). En outre, c'est alors au moment où le de cujus entre en possession que s'apprécie la bonne ou mauvaise foi. En d'autres termes, dans le cadre de l'usucapion, l'héritier ne fait qu'ajouter la durée de sa possession à celle de son auteur. Telle n'est pas la situation de l'article 2279. Comme on n'a pas manqué de le faire remarquer, deux cas peuvent se présenter. Lorsque l'héritier reçoit un meuble dont son auteur était possesseur de bonne foi, il hérite en réalité de la propriété : c'est au bénéfice de l'auteur seul que l'article 2279 a produit ses effets. Si, en revanche, le de cujus est de mauvaise foi, l'héritier ne recueille que la détention (179). On pourrait ainsi parvenir à une solution qui rejoindrait celle de la Cour de cassation, sans pour autant méconnaître les règles propres à l'article 2279. Ce dernier doit s'apprécier uniquement à l'égard du de cujus, seul à être entré en possession au sens propre du terme. Peu importerait donc

---

(177) Civ. 1°, 16 juin 1971, précité, n° 363, note 153.

(178) BREDIN, obs. précitées, n° 363, note 153.

(179) BREDIN, ibidem.

la bonne ou mauvaise foi de l'héritier. Et, en l'espèce, le de cujus ayant été de mauvaise foi, les héritiers ne bénéficieraient pas de l'article 2279. Mais une solution plus nuancée a été suggérée pour tenir compte des intérêts des héritiers. Puisque, contrairement à l'usucapion, l'héritier ne prolonge pas la possession de son auteur, ne peut-on pas dire que l'entrée en possession se situe, comme le soutenait le pourvoi, au moment de l'ouverture de la succession (180) ? Cela revient à considérer qu'il y a au moment du décès une véritable acquisition "a non domino" (181). Cette opinion est cependant peu conciliable avec l'effet déclaratif que le droit français reconnaît au partage. Certes, l'article 2279 n'exige pas de titre de propriété. Mais la bonne foi ne suppose-t-elle pas nécessairement une acquisition faite en vertu d'un titre (182) ? N'a-t-elle pas été définie comme étant la croyance de l'acquéreur dans les droits de son cocontractant, droits qui se manifestent par le fait même que ce dernier transmet la possession du bien ? Pareille définition n'est pas transposable au cas de l'héritier qui, ne traitant pas avec le de cujus, ne peut être trompé sur l'étendue des pouvoirs de ce dernier. La solution de la Cour de cassation nous semble donc inévitable et acceptable à condition de ne la fonder que sur la bonne ou mauvaise foi du de cujus.

En droit allemand, les solutions sont pratiquement identiques : là, comme en France, la bonne foi doit s'apprécier au moment de l'entrée en possession. Simplement, il convient de distinguer selon les différents modes de transmission de la propriété mobilière. Dans le cadre du § 929 alinéa 1 du B. G. B., c'est au moment de cette transmission que doit exister la bonne foi. En revanche, chaque fois

(180) BREDIN, obs. précitées, n° 363, note 153.

(181) La question n'a de sens que si le de cujus est de mauvaise foi et donc "non dominus".

(182) WEILL, op. cit., n° 482.

que la transmission précèdera l'accord de volonté, l'acquéreur devra être de bonne foi lorsqu'interviendra l'échange des consentements (183). Il en résulte que la mauvaise foi survenant par la suite sera totalement indifférente.

366. - Au même titre que la possession, la bonne foi est ainsi une condition nécessaire et fondamentale de toute acquisition "a non domino". Certes, elle est loin d'avoir été comprise de la même manière par les deux législations. Et les particularités du droit allemand s'expliquent avant tout par le fait que le § 932 est exclusivement consacré à l'acquisition "a non domino", alors que tel n'est pas le cas de l'article 2279. Les controverses relatives au juste titre ne feront que confirmer cette constatation.

C) Le juste titre.

367. - La question du juste titre est la seule qui oppose le droit allemand au droit français, mais elle est d'importance. Dans le cadre de l'article 2279 du Code civil, la bonne foi suppose nécessairement une acquisition en vertu d'un titre (184). Mais ce titre n'est pas un élément distinct de la bonne foi, comme en matière d'usucapion immobilière. Le possesseur est de bonne foi s'il croit avoir acquis du véritable propriétaire, que son titre existe réellement ou qu'il soit simplement putatif (185). Il en va de même si le titre est nul, de nullité relative ou absolue (186). Il faut se souvenir que la bonne foi vise les pouvoirs de l'aliénateur et non le propre droit du

---

(183) STAUDINGER, op. cit., § 932, 32. Ces principes s'appliquent également au constitut possessoire et à la cession de l'action en restitution.

(184) WEILL, op. cit., n° 482.

(185) Comp. infra, n° 430 et 446.

(186) WEILL, op. cit., n° 482, p. 416, note 1. - MAZEAUD, op. cit., n° 1536, qui émet à l'encontre de cette solution de sérieuses réserves. Cf. infra, n° 372.

du possesseur. (187).

Pareille constatation n'a pas manqué de soulever certaines critiques. Si l'intérêt du commerce, qui est l'une des justifications traditionnelles de l'article 2279, exige que l'acquéreur soit couvert en cas de défaut de propriété de son auteur, il ne saurait aller, a-t-on soutenu, jusqu'à couvrir le défaut ou la nullité du titre (188). En réalité, l'inutilité d'un titre s'impose par le fonctionnement même de l'article 2279. Celui-ci a précisément pour conséquence de dispenser le possesseur d'un meuble de fournir la preuve de son titre. Alors même qu'elle réalise une acquisition de la propriété, la possession a une fonction probatoire qui dispense le possesseur de toute preuve quant à l'origine du meuble qu'il a entre ses mains. C'est dire que l'article 2279 protège non seulement l'acquéreur "a non domino", mais également tout possesseur qui serait actionné en revendication (189). La situation d'un acquéreur "a non domino" paraît ainsi doublement privilégiée : non seulement sa possession peut le conduire à l'acquisition de la propriété, mais en lui permettant de ne pas tenir compte de son titre, elle le place dans une situation beaucoup plus favorable que l'acquéreur "a domino" (190).

368. - On a déjà pu constater que l'un des traits majeurs du système allemand consistait dans le parallélisme qu'il a voulu établir entre l'acquisition "a non domino" et l'acquisition "a domino". Ce point de vue, qui se situe à l'opposé de celui du droit français, conduit le B. G. B. à se référer constamment aux modes normaux de transfert de la propriété mobilière. Ce faisant, le B. G. B., et notamment le § 932, suppose que l'acquéreur puisse se prévaloir d'un titre régulier. L'acquéreur ne doit donc pas seulement croire en la propriété de son auteur, il doit également croire à la régularité du titre qui

(187) Cf. supra, n° 363.

(188) ABDEL-BAKI, op. cit. (n° 374, note 71), p. 260 ; p. 466 et s.

(189) WEILL, ibidem-PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 382. Comp. SALEILLES, op.cit. (n° 89, note 29), p. 269 et MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 394, qui, estimant tous deux la notion de bonne foi trop étroite, souhaiteraient qu'elle s'étende au titre.

(190) Cf. sur les effets de l'article 2279, infra, n° 370 et s.

l'a mis en possession. Tout doit se passer comme si l'aliénateur était effectivement propriétaire ; "en pareil cas, la condition relative à l'exigence d'un juste titre devient comme une sûreté supplémentaire ou, si l'on préfère, comme une garantie de plus, qui vienne confirmer la bonne foi du possesseur" (191). Il en résulte "que les vices du titre ne sont pas plus couverts par la bonne foi lorsqu'on traite avec un non propriétaire, qu'ils ne le sont lorsqu'on traite avec le propriétaire lui-même" (192).

Mais alors, compte tenu des conceptions allemandes en matière de transfert de la propriété mobilière, quel titre faut-il retenir ? Sans aucun doute, il ne s'agit que de l'acte abstrait qui préside au transfert de la propriété, et non du contrat, simplement créateur d'obligations : "le titre exigé par le droit allemand, comme condition de l'acquisition de bonne foi, c'est une tradition de caractère translatif" (193). Le vendeur et l'acquéreur doivent donc en principe se conformer aux indications du § 929 du B. G. B. . Ce dernier requiert, d'une part, l'accord des parties sur le principe même du transfert de la propriété ("Einigung") et, d'autre part, la mise en possession matérielle de l'acquéreur ("Übergabe"). Ainsi, un contrat de vente ne crée-t-il que l'obligation de faire acquérir la propriété ; cette obligation doit se réaliser dans un contrat réel distinct qui, même s'il est simultané, ne s'identifie jamais avec l'acte causal (194). En ce qui concerne l'application du § 932, l'important est que cet acte abstrait soit soumis aux mêmes conditions que celles de l'acte juridique causal (195). Cela oblige l'acquéreur de bonne foi à veiller à la régularité de son titre.

---

(191) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 109.

(192) SALEILLES, ibidem , p. 129.

(193) SALEILLES, ibidem, p. 109.

(194) Cf. également infra, n° 374.

(195) STAUDINGER, op. cit., § 929, 21, 1, c.-WESTERMANN, op.cit.,§ 38,3. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 66, 1, b.

A cet égard, et bien évidemment hormis le défaut de propriété de l'aliénateur, l'acte abstrait peut être nul, alors que l'acte causal ne l'était pas. Tel serait le cas d'un contrat passé par un individu devenu incapable depuis la conclusion de l'acte causal (196). A l'inverse, il peut y avoir un certain lien entre l'acte abstrait et le contrat. La nullité de ce dernier peut rejaillir sur le transfert de propriété, notamment en cas de lésion (§ 138-2° du B. G. B.). De même il est admis qu'un contrat illicite ou immoral peut, par exception, entraîner la nullité de l'acte abstrait, si l'immoralité ou l'illicéité s'y retrouve ou si l'acte abstrait poursuit lui-même un but illicite ou immoral (197).

Contrairement donc au droit français, l'acquéreur "a non domino" ne voit pas sa situation doublement privilégiée. S'il veut acquérir la propriété, c'est à condition que toutes les autres exigences propres au transfert de la propriété mobilière soient satisfaites.

369. - De toutes les conditions, celle relative au juste titre est la plus révélatrice de ce qui oppose le droit français au droit allemand. Si ce dernier accepte de protéger l'acquéreur "a non domino", il enferme sa protection dans un cadre relativement étroit. Il n'est pas question de faire du § 932 une règle dont la portée serait aussi générale que celle dévolue à l'article 2279. Cette démarche explique tous les autres points de discordance que l'on a pu rencontrer, aussi bien à propos de la possession que de la bonne foi. Puisque tout doit se passer normalement, il faut à la fois un transfert de la possession de l'aliénateur à l'acquéreur et une bonne foi qui concerne autant le droit du vendeur que la régularité de ce transfert. A l'inverse, l'acquéreur français tient son droit d'une règle, qui, au fond, vise surtout à empêcher la revendication mobilière et qui, par conséquent, repose sur des conditions tout à fait particulières.

---

(196) WAELBROECK, op. cit. (n° 230, note 29), n° 83.

(197) SOERGEL, op. cit., § 929, 11.-RIEG, op.cit.(n°110,note 105),p.336.

§ 3 : Effets de l'acquisition "a non domino".

370. - Comment protéger l'acquéreur "a non domino", si ce n'est en lui faisant acquérir le droit de propriété que son auteur n'a pas été en mesure de lui transmettre ? C'est effectivement cette acquisition que consacrent l'article 2279 du Code civil et le § 932 du B. G. B. . Pareille solution aurait dû suffire à satisfaire la sécurité des transactions mobilières, sécurité qui justifie pour une bonne part les règles relatives à l'acquisition "a non domino". En réalité, le droit français va bien au-delà : en consacrant le droit de l'acquéreur, il légitime du même coup son titre d'acquisition. Cependant, quelle que soit l'efficacité attachée aux dispositions du Code civil ou du B. G. B., il reste que le propriétaire dépossédé n'est pas totalement dépourvu de moyens de défense.

371. - L'acquisition du droit de propriété est l'effet le plus connu et le plus évident de toutes les règles concernant la protection d'un acquéreur de meubles ayant traité avec un non propriétaire. Concrètement, cela se traduit par l'impossibilité pour le propriétaire initial de revendiquer les meubles qui se trouvent entre les mains d'un acquéreur de bonne foi.

Certes, même si la solution est totalement identique d'un droit à l'autre, certaines nuances n'en sont pas moins perceptibles. En droit allemand, on dira plus volontiers que le § 932 aboutit à couvrir le défaut de propriété de l'aliénateur et, par conséquent, que tout se passe comme s'il y avait eu un véritable transfert de la propriété. En droit français, en revanche, on insiste sur la situation juridique du seul acquéreur ; sa possession lui sert de droit, et l'on ne se préoccupe pas tant de couvrir le défaut de propriété du vendeur.

Cette différence d'optique fait qu'en droit français l'acquisition "a non domino" est considérée comme une acquisition à titre originaire. Pareille solution s'explique aisément si l'on se réfère aux mécanismes de l'article 2279 du Code civil. Lorsque ce dernier

protège l'acquéreur, c'est parce que celui-ci, et lui seul, remplit certaines conditions. Son droit de propriété, issu de sa possession et de sa bonne foi, ne doit évidemment rien au propriétaire initial, et encore moins à l'aliénateur. Ce n'est pas le cas en droit allemand: l'acquisition "a non domino" nécessitant un juste titre, l'acquéreur succède dans la possession de son auteur, comme ayant cause à titre particulier. Le défaut de propriété du vendeur étant par hypothèse couvert, tout se passe donc comme s'il y avait une chaîne de transmission ininterrompue depuis le propriétaire initial jusqu'au possesseur actuel. La seule, mais nécessaire fonction du § 932, est donc de pallier la défaillance de l'un des maillons de cette chaîne (198). Ainsi, une fois la tradition réalisée, l'acquéreur est définitivement propriétaire du bien. Il en résulte que si le propriétaire initial s'en emparait, l'acquéreur disposerait à son encontre de toutes les voies de droit pour faire respecter sa propriété. C'est dire qu'en droit allemand la remise du bien au propriétaire, pour quelque raison que ce soit, n'empêche pas le maintien du droit de propriété de l'acquéreur (199). Cependant, l'aliénateur demeure un "non dominus" vis à vis du propriétaire initial. Si donc le contrat entre le non propriétaire et l'acquéreur vient à être annulé et que ce dernier restitue le bien, c'est le propriétaire initial qui recouvre la propriété et non le vendeur (200). La nécessité d'un titre qu'impose le § 932 contribue ainsi à donner une coloration particulière à l'acquisition de la propriété. Elle explique également que le droit allemand se limite à ce seul effet.

372. - Il ne saurait être question pour le B. G. B. d'autre chose que de l'acquisition de la propriété. Toutes les conditions exigées de la part de celui qui a traité avec un non propriétaire

---

(198) STAUDINGER, op. cit., § 932, 34.

(199) Comp. en droit français, supra, n° 357.

(200) STAUDINGER, op. cit., § 932, 35.-WESTERMANN, op. cit., § 47,II. - EWALD, "Der Rückerwerb des Nichtberechtigten", JHERINGS, J. 76, 233.

font que seul le défaut de propriété de ce dernier est couvert. Dans la mesure où la bonne foi doit s'accompagner d'un juste titre, il est nécessaire que la transmission de la propriété se soit faite régulièrement. En d'autres termes, les vices du titre empêchent l'acquisition "a non domino", comme ils font obstacle à l'acquisition "a domino".

L'originalité du droit français réside, au contraire, en ce que l'article 2279 aboutit à une véritable légitimation du procédé de transmission. Dans la mesure où la production d'un titre n'est pas exigé (201), l'acquéreur peut invoquer à son profit la maxime "En fait de meubles ..." quels que soient les vices du titre. En se substituant au titre initial, la possession en couvre toutes les irrégularités et non pas seulement le défaut de propriété. Ainsi, comme l'a remarquablement mis en évidence Saleilles, "la règle de l'article 2279 devient aux yeux des tiers, non seulement un procédé de légitimation relativement à la réalité du droit transmis, mais une cause de consolidation relativement au procédé de transmission" (202). Cela revient à dire, "dès que le possesseur actuel a traité de bonne foi avec un autre que le propriétaire, qu'il n'appartient pas à celui-ci de contester la validité ou même l'existence du titre d'acquisition, du moment que les parties directement intéressées le tiennent pour valable" (203). Cette constatation confirme ce qui a déjà été dit à plusieurs reprises : l'article 2279 a une fonction beaucoup plus général qui vise avant tout à protéger le possesseur d'un meuble contre toute action en revendication. Dans ces conditions, les droits du propriétaire dépossédé risquent d'être plus restreints en droit français qu'en droit allemand.

373. - Trois personnes sont concernées par le mécanisme de l'acquisition "a non domino" : le propriétaire initial, le vendeur et l'acquéreur. C'est donc à l'égard de ces deux derniers que doit être précisée la situation du propriétaire évincé. Dans les deux droits,

(201) Cf. supra, n° 367.
(202) Op. cit., (n° 89, note 29), p. 74.
(203) SALEILLES, ibidem.

il est admis que le propriétaire conserve tous ses droits à l'encontre de l'aliénateur, auteur de la dépossession. Ces droits dépendent naturellement de la situation juridique ou des circonstances qui font que l'aliénateur avait le bien entre ses mains. Ainsi, la doctrine française distingue-t-elle l'action personnelle et l'action en revendication. L'action personnelle est celle qu'engendre le contrat qui, le plus souvent, unira le propriétaire au vendeur. Ce dernier n'a eu le bien entre ses mains que pour un certain temps ; il est donc tenu d'une obligation de restitution. Comme par hypothèse il s'est débarrassé du bien, cette obligation s'exécutera par équivalence, c'est-à-dire qu'elle se traduira par le versement de dommages-intérêts. Quant à l'action en revendication, le propriétaire en usera si le contrat est nul. Contrairement à l'action personnelle qui est prescrite au bout de 30 ans, l'action en revendication devrait être imprescriptible : en effet, elle est dirigée contre un individu qui, en fait, est détenteur précaire du bien. La précarité ne pouvant prendre fin que par une interversion du titre et celle-ci n'ayant plus aucune chance de se produire puisque le détenteur n'a plus le bien entre ses mains, le vice de précarité affecte à jamais le titre du vendeur (204).

La doctrine allemande accepte les mêmes facilités en faveur du propriétaire dépossédé. Elle y ajoute la possibilité d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause si, pour une raison quelconque, toutes les autres voies de droit se révèleraient inefficaces (205).

---

(204) CARBONNIER, op. cit., nº 76, p. 272.

(205) WESTERMANN, op. cit., § 47, III. - STAUDINGER, op. cit., § 932, 34. - Cf. également : B. G. H. 14 mars 1974, N. J. W. 1974, 1132; M. D. R. 1974, 747 ; J. Z. 1975, 27 note OLHAUSEN ; PICKER, "Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis", N. J. W. 1974, 1790.

374. - A l'égard du tiers acquéreur, la situation du propriétaire est plus délicate. Bien évidemment, si l'acquéreur est de mauvaise foi ou si les conditions de l'article 2279 ou du § 932 ne sont pas réunies, le propriétaire a la possibilité de revendiquer son bien. Faute de dispositions particulières, cette action se prescrit en trente ans d'un côté du Rhin comme de l'autre (206). Il convient cependant de reconnaître que la situation du revendiquant allemand est nettement plus favorable que celle de son homologue en droit français. Seul le Code civil fait de la possession du tiers acquéreur une présomption de propriété irréfragable, puisqu'elle engendre une véritable légitimation du titre de transmission. En droit allemand, bien au contraire, le juste titre étant une condition d'application du § 932, il est possible au propriétaire d'en démontrer l'absence. Le propriétaire dépossédé est donc loin de n'avoir aucun recours contre le tiers acquéreur.

Les deux législations continuent d'apporter des solutions discordantes à propos d'une toute autre question : elles s'interrogent pour savoir si l'on peut accorder au propriétaire toutes les actions dont dispose éventuellement l'aliénateur contre le tiers acquéreur. En droit allemand, la réponse est sans conteste positive. Cette solution s'explique, comme beaucoup d'autres, par la présence d'un juste titre. Dans la mesure où ce dernier peut être irrégulier, le propriétaire peut bénéficier des actions normalement imparties au vendeur. Encore convient-il de distinguer plusieurs hypothèses. Bien entendu, il ne peut être question d'intenter une action qui soulèverait le vice tenant au défaut de propriété. En revanche, l'action en nullité absolue est offerte au propriétaire comme à tout intéressé, à condition toutefois que le possesseur ne soit pas devenu entre temps propriétaire du bien, par les vertus de l'usucapion mobilière (207). Il se peut aussi que le titre soit simplement annulable ("anfechtbar"), comme en matière de vices du consentement (208). En pareil cas, l'ac-

(206) Article 2262 du Code civil et § 195 du B. G. B.
(207) STAUDINGER, op. cit., § 134,5. - Cf. infra, n° 410.
(208) § 119 à 123 du B. G. B.

tion est réservée, comme pour la nullité relative en droit français, à la partie lésée (209). Quels peuvent être alors les droits du propriétaire ? Le droit allemand ne connaît pas d'action qui serait à l'image de l'action oblique du droit français (210). Certes, il n'ignore pas les rapports qui peuvent se créer entre, d'une part, un créancier et, d'autre part, une personne qui a traité avec le débiteur de ce créancier. Mais ces rapports ne sont pris en compte que d'une manière très partielle. Ainsi voit-on un tiers détenteur d'un bien ("Drittschuldner" : débiteur du débiteur) avoir certaines obligations à l'égard d'un créancier, lorsque celui-ci procède à une saisie (211). L'on peut également songer à une autre série de dispositions qui permet d'obtenir la nullité d'un acte passé par un débiteur, mais dans des conditions qui sont celles de l'action paulienne du droit français (212). Il n'est pas certain qu'un propriétaire ait souvent l'occasion de se servir de telles dispositions. Ainsi, la situation du propriétaire dépossédé est-elle moins favorable qu'on peut le penser à première vue.

En droit français, la légitimation du titre opérée par l'article 2279 fait que normalement le propriétaire ne peut exercer les actions appartenant au débiteur. Mais cette affirmation mérite d'être tempérée. Tout d'abord, et en dehors des actions propres au vendeur, il semble que le propriétaire puisse invoquer la nullité du titre, du moins s'il s'agit d'une nullité absolue. Mais que décider s'il s'agit d'une nullité relative ? A supposer que le vendeur fût le débiteur du propriétaire, ce dernier peut-il user contre le possesseur des droits et actions que son cocontractant avait contre lui (213) ?

---

(209) § 142 à 144 du B. G. B.

(210) Contra : WAELBROECK, op.cit.(n° 230,note 29), n° 84 qui se réfère à SALEILLES ; mais celui-ci ne fait que poser la question sans y apporter de réponse : op.cit.(n° 89,note 29), p. 187.

(211) WIECZOREK, Zivilprozessordnung und Nebengesetze, T.IV1ère partie, 1958, § 853 à 856.

(212) Anfechtungsgesetz du 21 juillet 1879, in Schönfelder, Deutsche Gesetze, n° 111.

(213) V. GROSS, Jurscl.civ., art .2279-2280,Prescription,Fasc.L.n°69.

La doctrine est divisée, pour autant qu'elle se pose la question. Planiol et Ripert admettent que le propriétaire évincé puisse exercer sur le fondement de l'action oblique "l'action en nullité qui appartient à son débiteur à l'égard du possesseur, toutes les fois qu'il se serait dessaisi de la chose en vertu d'un contrat qui l'aurait rendu créancier de l'auteur du revendiqué" (214). D'autres auteurs estiment que la légitimation du procédé de transmission a pour effet de purger le titre de tous ses vices. L'ancien propriétaire ne peut alors exercer les actions réservées à son débiteur (215). Puisque la possession vaut titre, elle confère au possesseur "un titre nouveau, distinct de celui qu'il tient de son auteur, et, par conséquent, non infecté par les vices qui peuvent entacher celui-ci" (216).

Ce point de vue paraît, plus que le précédent, conforme à l'esprit de l'article 2279 du Code civil. On pourrait cependant s'étonner de la discrimination qu'il crée parmi les créanciers du vendeur. En effet, il n'est pas question de refuser l'action oblique à tous les créanciers de l'aliénateur, mais uniquement à l'ancien propriétaire. Cependant, l'octroi de l'action oblique aux autres créanciers ne remet pas directement en cause le fait que le procédé de transmission soit légitimé. Cette légitimation vaut à l'encontre du revendiquant, mais non à l'égard de l'aliénateur et de ses créanciers ; entre possesseurs successifs, il ne saurait être question d'un titre légitimé (217). En revanche, tout s'oppose à ce que l'action oblique soit accordée au propriétaire dépossédé. Il faut se souvenir que la raison d'être prépondérante de l'article 2279 du Code civil est la prohibition de toute revendication mobilière. Admettre l'action oblique permettrait de détourner cette règle.

Aux yeux du droit français, il semble donc légitime de refuser au propriétaire évincé les actions réservées à celui qui l'a dépossédé

---

(214) Op. cit., n° 382.

(215) BEUDANT, op. cit., n° 736.

(216) WEILL, op. cit., n° 468.

(217) Cf. infra, n° 387 et s.

et sur ce point, les deux droits partagent la même opinion, alors qu'en droit allemand la solution aurait pu être différente.

375. - En fin de compte, les effets attachés à l'acquisition "a non domino", témoignent à leur tour de ce qui oppose les deux droits. A partir du moment où l'un se préoccupe surtout du respect des apparences et l'autre de la seule situation juridique de l'acquéreur, il est évident que leurs solutions ne peuvent que diverger. Cependant, l'importance de cette antinomie ne doit pas être exagérée. S'il est vrai qu'au regard du droit allemand il paraît exorbitant de légitimer la transmission par le seul fait d'une possession de bonne foi, on ne peut dire que cette légitimation entraîne une opposition irréductible entre les deux droits. En tout cas, elle ne les empêche pas de prévoir des exceptions tout à fait similaires au principe de l'acquisition "a non domino".

§ 4 : Revendication des meubles perdus ou volés.

376. - Conférer la propriété à un acquéreur "a non domino" revient à dépouiller de son droit le véritable propriétaire, victime des agissements de la personne à qui il avait confié le bien. Si cette solution paraît sévère, elle peut cependant être justifiée, autant par la nécessité d'assurer la sécurité des transactions mobilières, que par la négligence de l'ancien propriétaire dans le choix de son cocontractant. L'article 2279 alinéa 2 précise cependant que " néanmoins celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans, à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve ; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient". La même idée est exprimée par le § 935 alinéa 1 du B. G. B. : "la propriété n'est pas acquise en vertu des dispositions des §§ 932 à 934, lorsque la chose a été volée à son propriétaire, perdue ou adirée de quelqu'autre manière. Il en est de même lorsque le propriétaire n'en avait que la possession médiate et que la chose n'était plus dans les mains du possesseur"(218).Cette

(218) Le § 936 s'inspire des mêmes principes pour les appliquer aux hypothèses où le tiers ignore de bonne foi les droits qui grèvent le bien.

similitude dans les textes ne doit pas faire illusion. La situation n'est pas tout à fait comparable dans les deux législations. En droit français, "tout possesseur de bonne foi d'un meuble en devient immédiatement propriétaire par l'effet de la loi. D'autre part, la propriété d'un meuble, pas plus que celle d'un immeuble, ne se perd par la prescription extinctive. On est donc conduit à constater que lorsque l'article 2279 alinéa 2 ouvre pendant 3 ans au propriétaire victime de la perte ou du vol l'action en revendication contre le possesseur de bonne foi, il tranchera un conflit entre deux propriétaires légitimes du même objet" (219). En droit allemand, pareil conflit est exclu, puisque l'acquisition ne se fait pas.

Ainsi, en droit allemand comme en droit français, le principe de la libre circulation des meubles n'a pas paru suffisamment fort pour que soient maintenues les règles de l'acquisition "a non domino" en cas de vol ou de perte (220). Il est vrai que le comportement du propriétaire n'encourt pas les mêmes reproches que lorsqu'il se dessaisit volontairement du bien. Cette explication est largement partagée par le droit allemand (221). Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que

---

(219) GOUBEAUX, note sous Crim. 30 octobre 1969, cité infra n° 379, note 238.-Comp.Civ. 1°, 7 octobre 1964, J.C.P. 1964.II.13944 ; Rev. trim. dr. civ. 1965, 149, obs. BREDIN.

(220) SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 139.

(221) REBE "Zur Ausgleichungsfunktion von § 935 B. G. B. zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubiger Mobiliarerwerb", A.c.P. 173, 186.-WEIMAR, "Der Eigentumserwerb an abhanden gekommener Sache", M.D.R. 1965, 970. Pour le droit suisse, cf. : GÜLLER, Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrniserwerb, Zürich, 1924. Sur l'ensemble des droits européens : EL MOGHAZY, De la revendication des meubles en droit comparé, Th. Paris, 1927.-SAUVEPLANE, "La protection de l'acquéreur de bonne foi d'objets mobiliers corporels", Unification du droit, Annuaire 1961, p. 43. - DORHOUT MEES, "La revendication des meubles perdus ou volés contre le possesseur de bonne foi", in Mélanges SAVATIER, Paris, 1965, p. 265 et s.

les solutions des deux droits se rejoignent, du moins dans une certaine mesure. Le possesseur évincé doit donc tout d'abord pouvoir justifier d'une dépossession involontaire, de telle sorte que rien ne puisse lui être reproché (A). S'il satisfait à cette première condition, il pourra se retourner tant contre le tiers acquéreur que contre l'auteur du vol ou celui qui a découvert le bien (B). Quant au possesseur évincé, c'est à son auteur qu'il demandera le prix de son éviction (C). Cependant, à l'égard de certains biens meubles particuliers, comme les titres au porteur, les deux législations connaissent des dérogations qui conduisent d'ailleurs à des solutions différentes des deux côtés du Rhin (D).

A) Nécessité d'une dépossession involontaire.

377. - Les dispositions du § 935 du B. G. B. et de l'article 2279 du Code civil instituent de sévères restrictions à la protection de l'acquéreur "a non domino". L'on comprend dès lors que leurs conditions d'application aient été interprétées de manière relativement stricte.

Le premier événement permettant à un propriétaire de revendiquer même contre un acquéreur de bonne foi, se réalise par l'existence d'un vol. Dans les deux législations, le vol doit être entendu au sens que lui connaît le droit pénal. On suppose ainsi la réalisation d'une soustraction frauduleuse ; à aucun moment donc, le propriétaire du bien n'a dû le remettre volontairement, fût-ce sous l'empire d'une escroquerie ou d'un abus de confiance (222). La jurisprudence n'a jamais fait de difficultés pour se soumettre à ce point de vue (223).

---

(222) STAUDINGER, op.cit., § 935,7.-PLANIOL et RIPERT,op.cit.n° 390. WEILL,op.cit.,n° 485.-CARBONNIER, op.cit.n° 76, p. 272 et n° 79, p. 281.

(223) Req. 12 novembre 1877, S. 1878.1.407.-Tr. Civ. Seine 12 décembre 1923, D.H. 1924, p. 155; Rev.trim.dr.civ. 1924, 140,obs.SOLUS.-Tr. civ. Besançon 25 avril 1953, G.P. 1955.2.95; Rev.trim.dr.civ. 1955, 680,obs.SOLUS.-B.G.H. 15 décembre 1951,B.G.H.Z. 4,11(34).

Mais si le droit civil se réfère aux notions de droit pénal, il ne va pas jusqu'à exiger que le vol soit punissable (224).

Le refus de la revendication en cas de remise volontaire du bien suscite quelques hésitations en droit allemand. Ainsi, on ne saurait considérer comme un vol, le détournement qu'opérerait un possesseur direct, à l'insu de son possesseur médiat (225). En revanche, la situation est différente pour un détenteur subordonné (226). Dans la mesure où ce dernier n'est pas possesseur tout en exerçant la "Gewalt", la majorité des auteurs estime qu'il y a dépossession involontaire pour le "Besitzherr" si le détenteur détourne le bien (227).

378. - Au vol, doit être assimilée la perte. L'on sait qu'un meuble est perdu, lorsqu'il est sorti involontairement de la possession de son propriétaire et que cette dépossession ne traduit pas une renonciation de sa part à son droit de propriété (228). A la perte, il faut ajouter ce dont on a été privé "par évènement de force majeure, tel qu'un fait de guerre étrangère ou civile" (229).

De ce point de vue, le B. G. B. fait sienne une définition extensive, puisqu'aux biens volés ou perdus, s'ajoutent les biens "adirées de quelque manière" ("abhanden gekommen") (230). Il est parfois délicat de déterminer ce que l'on entend par "abhanden gekommen".

---

(224) STAUDINGER, op. cit., § 935,7.-MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 396. - Paris, 7 mars 1934, G. P. 1934.1.919.

(225) Cf. supra, n° 140, STAUDINGER, op. cit., § 935,9.

(226) Cf. supra, n° 121 et s.

(227) STAUDINGER, ibidem.-WESTERMANN, op.cit.,§ 49,I.-Comp. R.G. 15 février 1923, R.G.Z. 106,4 (5). V. également R.G. 18 mai 1909, R. G. Z. 71, 248 (253).

(228) Comp. supra, n° 335.

(229) T. Seine 12 décembre 1923, précité, note 223.

(230) STRICKER, Die Abhandengekommene Sachen, Hamboury, 1934.

En règle générale, l'on veut désigner tous les biens qui d'une manière ou d'une autre sont sortis de la possession de leur propriétaire, sans que celui-ci y ait consenti (231). Ainsi, du moins en principe, le critère des biens "adirés " se trouve-t-il dans la volonté de leur propriétaire.

En fin de compte, il n'est pas certain que les deux droits soient très éloignés l'un de l'autre. La notion de biens "adirés" du droit allemand ne fait que répondre à une définition extensive de la perte, telle que la connaît la jurisprudence française.

B) Recours du propriétaire dépossédé.

379. - Il n'est guère besoin d'insister sur les droits du propriétaire lorsque le tiers acquéreur est de mauvaise foi. Pareille hypothèse fait échapper le tiers à l'ensemble des dispositions du B. G. B. et du Code civil, qu'il y ait eu ou non vol ou perte. L'action en revendication est alors ouverte pendant 30 ans, aussi bien en droit français qu'en droit allemand.

En revanche, l'intérêt du § 935 du B. G. B. et de l'article 2279 al. 2 réside tout entier dans le fait qu'ils concernent un tiers acquéreur de bonne foi. Alors que normalement ce dernier acquiert instantanément la propriété et qu'il la conserve, il sera soumis à revendication à partir du moment où ce meuble a été volé ou perdu. Et de ce point de vue, le système français apparaît particulièrement original ; il tend à trouver un équilibre qui puisse satisfaire les droits du propriétaire, sans que soient pourtant ignorés totalement ceux du tiers acquéreur.

(231) WESTERMANN, op. cit., § 49, 1.-STAUDINGER, op. cit., § 935,8. Voir pour un exemple des difficultés soulevées par une définition aussi laxiste, le problème soulevé par l'incapable : WOLFF, op. cit. (n° 359, note 131), p. 37 et s.

Ainsi l'article 2279 alinéa 2 commence-t-il par lever l'obstacle que constitue normalement à l'action en revendication la possession de bonne foi du tiers acquéreur. Celui-ci risque donc de voir sa propriété remise en cause à partir du moment où il s'est rendu acquéreur d'un bien perdu ou volé. En principe, l'action est dirigée contre le possesseur actuel ; encore que la Cour de cassation ait parfois décidé qu'elle était recevable contre celui qui, par fraude et pour échapper à la revendication, avait cédé la possession (232). Mais en l'absence de toute disposition légale, cette solution paraît difficilement justifiable ; l'action en revendication a essentiellement pour but la reprise du bien et a donc tout intérêt à être intentée contre celui qui a le bien entre ses mains. Ce qui est certain, c'est que l'article 2279 alinéa 2 ne saurait concerner que les rapports du propriétaire avec le tiers acquéreur et non avec le voleur ou l'auteur de la trouvaille.

Mais si l'action en revendication est offerte au propriétaire, elle ne l'est que temporairement. La loi l'enferme dans un délai de 3 ans. Au fond, les dispositions de l'article 2279 alinéa 2 doivent s'analyser comme une parenthèse dans le mécanisme normal de l'acquisition "a non domino". La nature de ce délai triennal a suscité quelques doutes. Les auteurs s'accordent à lui refuser le caractère de prescription acquisitive et ce avec raison puisque le délai court du jour de la dépossession et non du jour de l'entrée en possession du tiers (233). On ne saurait pas plus y voir une prescription extinctive, dans la mesure où cette prescription ne comporte ici, ni interruption, ni suspension (234). Aujourd'hui, l'unanimité s'est faite pour envisager le délai de trois ans sous l'angle d'un délai préfix et cette opinion a été confortée à plusieurs reprises en jurispru-

---

(232) Civ. 7 février 1910, S.1910.1.225,note Lyon-Caen;D.1910.1.20, note NAST.

(233) RIPERT-BOULANGER,op.cit.,n° 2847.-PLANIOL et RIPERT,op.cit.,n° 391.-AUBRY et RAU,op. cit., § 183, p. 160.

(234) Contra:T.Civ.Seine, 23 janvier 1950,G.P. 1950.1.143;Rev.trim.dr. civ.1950, 203, obs. SOLUS.

prudence. Un arrêt de la Chambre Criminelle de la Cour de Cassation l'a adoptée en affirmant "que le délai de 3 années prévu par l'alinéa 2 de l'article 2279 susvisé présente le caractère d'un délai préfix qui commence à courir du jour de la perte ou du vol, ces deux circonstances ayant pour seul effet de paralyser pendant 3 années l'application de la règle édictée par l'alinéa 1 du même article, et qui, à ce titre, ne saurait être interrompu ou suspendu par une des causes prévues par les articles 2242 à 2259 du Code civil" (235). Toutes les difficultés n'en sont pas pour autant résolues. Parler de délai préfix, c'est avant tout se référer à l'un de ses caractères, ce n'est pas nécessairement prendre parti sur sa nature (236). Cela est d'autant plus vrai que la notion de délai préfix, dit encore délai de forclusion, est loin d'être incontestée. Certains n'hésitent pas à l'assimiler à des délais de procédure qui ont pour objet "d'enfermer les activités procédurales des plaideurs dans un espace de temps déterminé" (237). En réalité, l'article 2279 alinéa 2 ne se limite pas à cette seule fonction. A l'expiration des 3 ans, la situation du possesseur est définitivement consolidée. En ce cas,il s'agit bien d'un délai de prescription (238). Ainsi, "à tout détour du raisonnement, on retrouve une voie qu'on avait cru éviter en prenant certain sentier, lorsqu'une fourche s'était présentée sur la route" (239).

Cette controverse a le mérite de mettre en évidence l'inconfort général dans lesquel se trouve le revendiquant. Il y a dans tous les aspects de l'article 2279 un véritable parti pris contre lui.

---

(235) Crim. 30 octobre 1969, J.C.P. 1970.II.16333,note GOUBEAUX;-Cf. également Montpellier, 19 janvier 1949,J.C.P. 1949.II.4806,note DIJOL.-Lyon, 15 mars 1954, D.1954,J.,461,note GERVESIE et CHAVRIER. -Bordeaux, 22 janvier 1974, D. 1974, 542,note RODIERE;Rev.trim. dr. civ. 1974, 837, obs. BREDIN.

(236) GOUBEAUX, note précitée, note 235.

(237) SOLUS et PERROT, op. cit., n° 428.

(238) SOLUS et PERROT, ibidem.

(239) RODIERE, précité, note 235.

A cet égard, les dispositions du droit allemand paraissent moins sévères. Lorsque le § 932 ne s'applique pas, le tiers n'acquiert pas la propriété. Cela laisse la possibilité d'intenter contre lui l'action en revendication du § 985. Mais, contrairement à ce qui se passe en droit français, cette action est régie par les dispositions du droit commun. Et le droit allemand ignore toute disposition qui serait à l'image de la prescription triennale de l'article 2279 alinéa 2. Ce n'est pas à dire que le propriétaire va pouvoir revendiquer pendant trente ans. L'acquéreur étant de bonne foi, il pourra bénéficier des dispositions qui, en droit allemand, organisent une prescription acquisitive mobilière (240) .

L'on voit donc bien ce qui sépare les deux législations . En Allemagne, le tiers acquéreur de bonne foi devient propriétaire des meubles perdus ou volés par le biais d'une possession décennale, alors qu'en droit français le délai triennal n'est qu'un obstacle temporaire à la prohibition de la revendication. En d'autres termes, le juste titre du § 932 étant inefficace dans les conditions du § 935, l'acquéreur ne peut plus compter que sur sa possession ; il se rapproche ainsi singulièrement de la situation du possesseur français. Mais d'un autre côté, sa situation demeure précaire pendant 10 ans et, par conséquent, c'est l'ancien propriétaire qui se trouve favorisé par le B. G. B. . Cela d'autant plus vrai qu'il ne lui sera jamais demandé d'indemniser le tiers acquéreur.

380. - En revanche, cette indemnisation est expressément prévue par l'article 2280 du Code civil dans son alinéa 1 ; "Si le possesseur actuel de la chose perdue ou volée l'a achetée dans une foire ou un marché ou dans une vente publique, ou d'un marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant au possesseur le prix qu'elle lui a coûté" (241).

---

(240) § 937 du B. G. B. . - Cf. infra, n° 406 et s.

(241) L'alinéa 2 de l'article 2280 applique ces règles au bailleur revendiquant, dans les conditions de l'article 2102, les meubles déplacés sans son consentement.

Ce texte, on peut aisément s'en rendre compte, limite très sérieusement la portée de l'alinéa 2 de l'article 2279 : "la règle de la revendication des meubles perdus ou volés tend à devenir simplement théorique" (242). On peut alors se demander quel est encore l'intérêt du propriétaire à renvendiquer contre le tiers acquéreur. Il faut supposer qu'il attache au bien assez d'importance pour vouloir le recouvrir, fût-ce en payant, ou alors que le prix payé a été particulièrement faible (243).

L'article 2280 suppose que soient réunies certaines conditions. Et pour commencer, il est réservé au seul tiers acquéreur, mais ne saurait être invoqué par un créancier gagiste, bien que ce dernier bénéficie de l'article 2279 alinéa 1. Il y a là une certaine contradiction dont le seul fondement est une interprétation littérale de l'article 2280 (244). Au demeurant, les seules difficultés de ce texte ont trait à la réalisation des conditions dans lesquelles la vente doit intervenir (245). Enfin, pour garantir sa créance, l'acquéreur s'est vu reconnaître un droit de rétention. Cependant, confondant parfois le droit de rétention avec la créance, la Cour de Cassation a estimé qu'un acquéreur n'avait plus droit à aucun remboursement si "au moment de l'introduction de la demande, l'auteur du vol a été condamné et que le

---

(242) RIPERT-BOULANGER, op. cit., nº 2849.

(243) CARBONNIER, op. cit., nº 77, p. 273.

(244) Civ. 11 mai 1898, S. 1898.1.481, note TISSIER.-Cf. GROSS, op.cit. (nº 374, note 213), nº 119.

(245) Se sont ainsi vus reconnaître la qualité de vendeur vendant des choses pareilles:une banque, Paris, 8 novembre 1946, J.C.P.1946. II.3358; un photographe : Paris 7 février 1950, D. 1951, 456,note LALOU. En revanche, les conditions de l'article 2280 ne sont pas réunies, lorsqu'un individu isolé vend quelques bicyclettes volées: T. civ. HAZEBROUCK, 15 mars 1901, D. 1902, 2,11 ; Rev.trim.dr.civ. 1902, 428,note AMIOT.- ou lorsque la vente est réalisée de particulier à particulier par l'intermédiaire d'une offre d'achat d'un journal spécialisé:Paris, 26 mai 1971, R.G.A.T. 1972, 413.

propriétaire était régulièrement rentré en possession de sa chose"(246).

Peut-être faut-il rapprocher cette solution de celle qui veut que la possession matérielle et effective soit une condition indispensable de l'application de l'article 2279 et, par extension, de l'article 2280.

381. - Cependant, l'économie générale des dispositions de l'article 2280 traduit une nette faveur envers le possesseur de bonne foi. Cela s'explique d'autant plus facilement que le propriétaire est non seulement condamné à indemniser le tiers acquéreur de bonne foi, mais qu'il risque fort bien de ne jamais rentrer dans ses frais. Il a certainement un recours contre l'auteur du vol ou de la trouvaille, à qui il peut demander le remboursement de la somme qu'il a dû débourser. Mais, en pratique, il se heurtera le plus souvent à l'insolvabilité de l'un ou de l'autre. On s'est alors demandé s'il ne pouvait pas se retourner contre le marchand et, plus généralement, s'il ne lui était pas possible d'être subrogé dans les droits dont dispose le tiers acquéreur à l'encontre de son auteur. La jurisprudence ne s'est pas contentée de répondre par la négative à la première question, elle a très sévèrement restreint les possibilités de recours du propriétaire ; ainsi celui qui a dû indemniser le possesseur, ne saurait "puiser dans les articles 2279, 2280 et 1251 du Code civil le principe d'une action en indemnité contre celui qui a cessé d'avoir la possession de la chose volée ou perdue ; que la seule action appartenant dans ce cas au propriétaire doit être fondée, par application de l'article 1382, sur l'existence d'une faute commise par le défendeur" (247). Quand on sait que cette même décision écarte également toute action fondée sur l'enrichissement sans cause, on devine

---

(246) Civ. 22 février 1956, D. 1956, 286.

(247) Civ. 11 février 1931, D.P. 1931.1.129,note SAVATIER ; S. 1931, 1, 273, note GEGOUT.

à quel point les recours du propriétaire seront peu fréquents (248). Partant, il va de soi que sur un plan plus général on a refusé au revendiquant d'être subrogé dans les droits de l'acquéreur, et notamment dans celui de l'article 2279 alinéa 2 (249).

Au-delà de ses mécanismes, et dans la mesure même où il risque de freiner les actions en revendication, l'article 2280 paraît particulièrement significatif de la spécificité du droit français. Le droit allemand ignorant de semblables dispositions, celles du Code civil ne font que renforcer ce qui sur ce point constitue une antinomie certaine entre les deux législations. En droit allemand, à partir du moment où le § 935 s'applique, on ne cherche plus à protéger outre mesure l'acquéreur de bonne foi, sauf à le faire bénéficier des règles de l'usucapion mobilière. A l'inverse, en droit français, seuls sont prépondérants les intérêts du tiers acquéreur et ce d'autant plus que "les circonstances de l'acquisition, non suspectes et conformes aux usages du commerce, renforcent la bonne foi" (250).

382. - Les droits du propriétaire ne sont pas uniquement dirigés contre le tiers acquéreur. L'auteur du vol ou celui qui a recueilli le bien perdu peuvent également être mis en cause. Les deux droits ne font aucune difficulté à admettre de telles actions. Simplement discute-t-on en droit français certaines de leurs modalités. On aurait pu songer à appliquer à l'auteur du vol ou de la trouvaille les dispositions de l'article 2279 al. 2, ce qui n'aurait eu qu'un seul intérêt, celui d'enfermer la revendication dans le délai de 3 ans. Mais en réalité, l'article 2279 alinéa 2 ne peut concerner qu'un tiers acquéreur de bonne foi (251). Le voleur et l'inventeur sont au contraire, par hypothèse, de mauvaise foi ; à leur égard, l'action en revendication devrait être imprescriptible, sauf à se heurter aux règles de la pres-

---

(248) WEILL, op. cit., n° 491.-MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 397.

(249) Lyon 7 novembre 1885, D. 1888, 2, 41, note COHENDY.-Cf. infra, n° 383.

(250) WEILL, op. cit., n° 490.

(251) Cf. supra, n° 346 et s.

cription trentenaire. Et l'on sait qu'il doit en être ainsi même pour l'inventeur, que le seul respect des règles concernant la déclaration de sa découverte ne saurait faire considérer comme étant de bonne foi au sens de l'article 2279 (252). Enfin, des deux côtés du Rhin, l'action en revendication est indépendante de l'action civile qui, devant la juridiction pénale, a pour but d'obtenir la réparation du préjudice subi par la victime du vol.

C) Recours du possesseur évincé.

383. - La situation du possesseur varie sensiblement d'un droit à l'autre, et c'est en droit allemand qu'elle est la moins favorable. Il faut se souvenir que le possesseur allemand restitue la chose, sans que jamais le prix lui en soit remboursé. Certes, il conserve ses droits contre son auteur, qu'il s'agisse d'un voleur, d'un inventeur ou d'un marchand. Et c'est sans doute vis à vis de ce dernier qu'il a le plus de chance d'obtenir gain de cause et de voir réparer le préjudice dû à son éviction. Cela revient en définitive à faire supporter au seul marchand les conséquences du vol ou de la perte ; il est vrai qu'il s'agit d'un professionnel. Mais à l'encontre du voleur ou de l'auteur de la trouvaille, les recours sont tout aussi illusoires qu'en droit français. Cependant, le possesseur français se trouve dans une situation particulière, puisqu'en principe il a dû être indemnisé par le revendiquant. Cela n'empêche pas l'article 2279 alinéa 2 de lui réserver un droit de recours contre son auteur. Cela se comprend dans la mesure où le remboursement se limite au prix versé et qu'entre temps la valeur du bien a pu augmenter. En pareil cas, c'est bien entendu l'action contre le marchand qui se révèlera la plus efficace ; ce dernier doit garantir l'acheteur contre l'évic-

(252) Cf. supra, n° 339.

tion et il est tenu de l'indemniser au-delà du seul prix remboursé par le revendiquant (253).

D) Les régimes particuliers.

384. - Aux règles concernant les objets perdus ou volés, les deux législations opposent un certain nombre d'exceptions. Mais leur portée est loin d'avoir été comprise de la même manière d'un droit à l'autre.

En droit français, ces exceptions concernent pour l'essentiel les titres au porteur (254). Entrent dans cette catégorie, tous les titres qui ont un caractère de valeur mobilière et un but de placement, sauf les titres émis par l'Etat. Echappent également à la règlementation spéciale, toutes les valeurs qui font office de monnaie tels les billets de banque, les effets de commerce et les chèques au porteur (255). Les dérogations allemandes paraissent plus consistantes, puisqu'outre les titres au porteur, le § 935 alinéa 2 parle des espèces et des biens vendus aux enchères publiques.

Cependant cela ne signifie pas que le régime de ces biens soit nécessairement différent d'un côté du Rhin et de l'autre. Lorsque le droit allemand apporte une dérogation, c'est pour soumettre les meubles en question au régime du § 932. C'est dire que les espèces, les titres au porteur et les biens vendus aux enchères publiques peuvent, dans les conditions de droit commun, faire l'objet d'une acquisition "a non domino", bien qu'ils aient été volés ou perdus. Il en

---

(253) WEILL, op.cit., n° 491, note 4.-Paris, 3 janvier 1951 précité, n° 380, note 245.-Comp. civ. 26 novembre 1956, J.C.P. 1957.II.9919, note VOIRIN ; Rev. trim. dr. civ. 1957, 362, obs. SOLUS.

(254) Pour les meubles ayant fait l'objet d'une spoliation, cf.: l'ordonnance du 21 avril 1945, article 10, et de la loi du 13 août 1947, article 18.

(255) WEILL, op. cit., n° 496.

résulte que les espèces et les biens vendus aux enchères publiques suivent un régime strictement identique dans les deux législations. En revanche, celui des titres au porteur diffèrera sensiblement, le droit français, ayant pris soin de prévoir un système de protection particulier pour leurs bénéficiaires. Mise en place par le décret du 11 janvier 1956, cette réglementation s'applique à toutes les dépossessions illicites, y compris celles qui surviendraient au moyen d'une escroquerie ou d'un abus de confiance, tant il est vrai qu'en pareilcas les risques de détournement sont grands. Dans leur finalité, ces dispositions tendent "à stériliser et immobiliser entre les mains du possesseur les titres dont le propriétaire a été dépossédé" (256). En d'autres termes, il s'agit moins de revendiquer les titres, que d'empêcher leur possesseur de s'en servir. Pour ce faire, le propriétaire dépossédé doit procéder à une double opposition. La première sera notifiée à la Chambre syndicale des Agents de Change de Paris et elle sera suivie d'une publication au Bulletin Officiel des oppositions. Toute transmission de titres survenant postérieurement à cette publication sera inopposable au propriétaire. La seconde opposition sera adressée à la personne morale émettrice du titre, afin que soit empêché le paiement tant du capital que des intérêts.

385. - En définitive, s'agissant des biens perdus ou volés, le droit allemand paraît plus soucieux de protéger le véritable propriétaire que le droit français. Cette affirmation peut paraître paradoxale, si l'on songe que c'est dans le Code civil que l'on rencontre des dispositions organisant l'action en revendication du propriétaire dont les biens ont été perdus ou volés. Mais l'on a pu se rendre compte à quel point cette revendication risquait d'être paralysée par les obligations mises à la charge du propriétaire. Dans le B. G. B., au contraire, à partir du moment où les conditions du § 932 ne sont pas

(256) CARBONNIER, op. cit., n° 77, p. 274.

réunies, les choses sont claires ; à aucun moment, l'acquéreur ne peut devenir propriétaire, sauf à bénéficier, mais au bout de 10 ans seulement, des règles de l'usucapion mobilière. En réalité, ce qui se passe en matière de biens volés ou perdus ne fait que confirmer les remarques faites pour l'ensemble des mécanismes de l'acquisition "a non domino".

386.- Les deux législations n'ont donc pas, et de loin, abordé sous le même angle les questions relatives à l'acquisition "a non domino". En droit allemand, on est en présence d'un ensemble de dispositions édictées dans un but précis et formant un tout cohérent. Cet ensemble se calque sur les règles du droit commun dont l'observation formelle constitue le juste titre venant s'ajouter à la bonne foi du tiers acquéreur. En France, l'on est confronté à une disposition complexe, aux ressorts multiples et aux fonctions totalement différentes selon les circonstances dans lesquelles elle est appelée à intervenir. Dans le cadre de l'acquisition "a non domino", l'article 2279 conduit à l'acquisition immédiate de la propriété par le possesseur de bonne foi. Mais, en réalité, cette acquisition n'est qu'une conséquence de la règle visant à empêcher toute revendication des meubles. Et c'est ce refus qui est seul à l'origine de l'article 2279. L'on comprend dans ces conditions qu'il était inévitable qu'un certain décalage se produise entre le droit allemand et le droit français.

Sous-section III : <u>L'acquisition de la propriété fondée sur un titre présumé</u>.

387. - Les mécanismes de l'acquisition "a non domino" opposent un propriétaire revendiquant à un tiers acquéreur, ce dernier détenant le bien de celui qui précisément n'avait pas le pouvoir d'en disposer. L'on peut cependant rencontrer un conflit d'un tout autre type, entre un possesseur et son auteur, c'est-à-dire entre celui qui détient un bien et celui qui le lui a remis. En pareille circonstance, il n'est pas question de méconnaître le droit de propriété de celui qui a confié le bien au possesseur actuel. La difficulté est toute autre ; faut-il ou non considérer que le transfert de la possession traduit une trans-

mission de la propriété ? En d'autres termes, un tel conflit verra s'affronter le possesseur initial qui, en vertu de son droit de propriété, réclamera la restitution du bien et le possesseur actuel qui prétendra en avoir acquis la propriété. Le litige se circonscrit donc au seul contenu de l'acte qui a accompagné et justifié la remise du bien. Et, par hypothèse, la teneur de ce titre ne peut être établie. C'est alors que la possession retrouve tout son intérêt. En faisant présumer l'existence d'un titre translatif de propriété, elle permet à son titulaire d'opposer victorieusement son droit à tout revendiquant, quand bien même ce dernier serait l'auteur direct du possesseur actuel.

Certes, la situation que l'on vient de décrire n'est pas tout à fait comparable à celle d'une acquisition "a non domino". Dans les relations entre un propriétaire revendiquant et un tiers acquéreur, la possession doit faire plus que présumer l'existence d'un titre ; par hypothèse, l'on sait que celui dont peut se prévaloir le possesseur est incapable de lui avoir transmis un droit quelconque, puisqu'il émane d'un non propriétaire. Au moins en droit français, la possession intervient alors comme une règle de fond et se substitue au titre défaillant. Bien que différent dans ses mécanismes, le § 932 du B. G. B. aboutit aux mêmes conséquences. Au contraire, lorsque le conflit intéresse un possesseur et son auteur, rien ne s'oppose à ce qu'un véritable transfert de la propriété ait eu lieu. Il se trouve simplement que nul n'est en possession du titre qui démontrerait que tel a été effectivement le cas. C'est alors à la possession qu'il revient de faire présumer de l'existence d'un tel titre, et ce aussi bien en droit allemand qu'en droit français (§ 1). Au terme de cette démarche, il y a donc bien acquisition de la propriété au moyen de la possession, celle-ci faisant office, non de règle de fond comme précédemment, mais de règle de preuve. On ne saurait ainsi limiter la fonction acquisitive de la possession à la seule hypothèse d'acquisition "a non domino" et se contenter d'une fonction probatoire au sein des rapports unissant un possesseur et celui dont il tient le bien. Dans les deux cas, la possession débouche sur la propriété. Certes, en cas d'acquisition "a domino", elle ne se suffit pas à elle-même ; un titre est nécessaire, mais c'est précisément l'existence

de ce titre que la possession vient prouver (257). Simple mode de preuve, la possession est aussi un mode d'acquisition de la propriété, fût-ce indirectement. Ainsi, qu'il s'agisse de l'acquisition "a non domino" ou de celle qui résulte d'un conflit entre le possesseur et son auteur, les conséquences sont identiques : la possession permet à celui qui détient un bien de s'opposer avec succès à l'action en revendication intentée par le propriétaire initial. Cependant, la situation du revendiquant est quelque peu plus favorable qu'elle ne l'était face au tiers acquéreur ; il lui est permis d'apporter la preuve contraire et, par conséquent, de renverser la présomption issue de la possession du défendeur (§ 2).

§ 1. - La présomption du titre de propriété.

388. - Au premier abord, les différences qui en cette matière opposent les deux législations sont de même type que celles rencontrées dans le cadre de l'acquisition "a non domino" : alors que le droit français doit se contenter du seul article 2279 pour résoudre les conflits survenant entre un possesseur et son auteur (A), le B. G. B. offre la possibilité de recourir à une disposition particulière, le § 1006 (B). Cette divergence n'empêche pas les deux droits de parvenir, en fin de compte, à des solutions fort semblables, ne serait-ce que parce qu'ils ont pour une large part les mêmes exigences à l'égard du possesseur et de sa possession.

A) L'article 2279 du Code civil, en tant que règle de preuve.

389. - Pendant longtemps, cette deuxième fonction de l'article 2279 demeura méconnue. L'on se contentait d'y voir un aspect particulier de la présomption générale de propriété attachée à toute possession (258).

---

(257) Cf. supra, n° 347, in fine.

(258) Cf. PONSARD, note sous Orléans, 3 novembre 1943, D.1947,17 qui remarque que si dans les rapports entre propriétaire et ayant cause, la présomption de l'existence d'un titre d'acquisition ne fut pas immédiatement rattachée à l'article 2279, c'est que l'on y voyait plutôt une présomption de l'homme, abandonnée à la prudence du magistrat. V. également Req. 6 août 1878, D. 1879, 1, 253.

Il est vrai que la fonction acquisitive que l'on s'accordait à reconnaître à cette disposition pouvait difficilement être transposable dans les rapports entre possesseurs successifs. Ainsi, sous peine de ruiner toutes les règles relatives à la nullité des contrats, il n'a jamais pu être question de faire de la possession, même de bonne foi, un moyen qui permettrait de couvrir les vices du contrat et qui priverait le propriétaire des voies de droit que lui fournit la loi (259). Dans ces conditions, et dans la mesure où il ne peut intervenir comme règle de fond, il n'est pas étonnant que l'article 2279 ait commencé par être exclu des rapports entre un possesseur et son auteur (260).

Mais il est ici hors de question d'appliquer l'article 2279 en tant que règle de fond. Il ne s'agit pas de suppléer au défaut de propriété de l'aliénateur, mais de connaître la cause en vertu de laquelle un meuble se trouve entre les mains d'un individu. Et, à cet égard, le recours à la présomption générale de propriété se révèle insuffisant ; elle pourrait être facilement renversée par le propriétaire à qui il suffirait d'invoquer sa possession antérieure pour établir son droit. Au contraire, dans le conflit qui oppose un possesseur et son auteur, on suppose établi le droit de propriété de ce dernier. Ce qui est en cause, c'est la transmission de ce droit au possesseur actuel. Il ne suffit pas à ce dernier d'invoquer sa possession, encore faut-il savoir à quel titre le bien se trouve entre ses mains. Les conceptions françaises ne permettant pas de distinguer, au vu du seul corpus, la possession de la détention, seul l'examen du titre serait révélateur de l'étendue des droits de celui qui s'oppose à l'action en revendication de l'ancien détenteur du bien. Normalement il conviendrait donc de recourir aux règles de preuve du droit commun et d'établir la réalité du transfert de la propriété par un écrit, au moins pour les actes dont la valeur est supérieure à 50 francs (261). Mais,

---

(259) WEILL, op. cit., n° 469.

(260) Req. 5 août 1878, précité, note 258.

(261) Article 1341 du Code civil.

en matière mobilière, l'écrit est rarement dressé. Nombreuses sont les hypothèses où la transmission de la propriété ne fait l'objet d'aucune constatation, et parmi elles l'exemple le plus significatif est fourni par les cas de don manuel qui oppose alors un possesseur et les héritiers de son auteur (262). Ainsi, l'exigence d'un écrit pour toutes les aliénations mobilières "risquait de mettre en grand péril la situation du possesseur actuel de meubles" (263). Il a donc paru nécessaire de protéger le détenteur d'un meuble du seul fait de sa possession. Autrement dit, ce n'est que dans l'hypothèse d'une absence de constatation du transfert de la propriété qu'intervient l'article 2279 du Code civil. Sa fonction est alors de faire présumer en faveur du possesseur, l'existence d'un titre translatif de propriété. En pareille occurrence, et contrairement à ce qui se passe en cas d'acquisition "a non domino", la possession ne remplace pas le titre, elle dispense d'en faire la preuve (264). C'est à cette solution que s'est ralliée la jurisprudence, notamment dans les cas de don manuel : "Attendu que s'il est vrai en principe, comme le soutient le pourvoi, que la première disposition de l'article 2279 du Code civil ne met pas le possesseur d'objets mobiliers à l'abri d'une action en restitution quand il est personnellement obligé à restituer, cette règle implique cependant pour l'auteur d'une telle action la charge de justifier du lien personnel sur lequel elle est fondée, à défaut de quoi le défendeur a titre pour conserver et détenir les meubles dont il a la possession, sans même être obligé de prouver le don manuel qu'il invoque comme cause de sa possession" (265). Cependant, bien que son rôle se limite à la preuve du titre, cela ne signifie pas que l'article 2279 soit ici cantonné dans une fonction probatoire. Puisqu'il conduit à écarter l'action en revendication du propriétaire initial, il consacre, comme en matière d'acquisition "a

(262) Comp. CARBONNIER, op. cit., n° 79, p. 282.

(263) MARTY-RAYNAUD, op.cit.,n° 401.-Sur l'évolution qui a conduit à distinguer progressivement les deux fonctions inhérentes à l'art. 2279, cf. SAUNIER, "De l'application de l'art. 2279 dans les rapports entre auteur et ayant cause, Th. Paris, 1907, p. 60 et s.

(264) PLANIOL et RIPERT, op.cit.,n° 375.-WEILL,op.cit.,n° 497.-CARBONNIER, op. cit., n° 77, p. 275.

(265) Req. 5 décembre 1893, D. P. 1894, 1, 48.

non domino", le droit de propriété du possesseur. Ainsi, à nos yeux, de quelque manière qu'il intervienne, sa finalité est de consacrer le droit de propriété du possesseur (266).

390. - Il reste que la portée de cette présomption, lorsqu'elle intervient dans les rapports entre un possesseur et son auteur, doit être soigneusement circonscrite. Elle ne saurait concerner que le titre, encore que ce qui est en cause ici, ce n'est pas tellement l'existence de ce titre que sa nature. Pour justifier la légitimité des droits du possesseur, c'est à une acquisition régulière, au moyen d'un titre translatif de propriété que s'attache la présomption de l'article 2279 du Code civil : "ne pouvant produire contre le précédent possesseur le titre qui serait la justification de son droit, le possesseur allègue que sa possession par elle-même lui vaut titre, c'est à dire fait présumer qu'il a acquis régulièrement le meuble" (267). Et le rôle de la possession se limite à cet aspect. A l'inverse de ce qui advient lorsque le possesseur traite avec un non-propriétaire, la possession ne se substitue pas au titre défaillant. C'est dire que, si elle dispense l'acquéreur de faire la preuve de son titre d'acquisition, elle ne le met pas à l'abri des conséquences des vices qui peuvent l'affecter. Hormis la question de sa preuve, l'acte juridique qui unit le possesseur à son auteur reste soumis à toutes les conditions de droit commun (268). Cette circonstance est de nature à favoriser la situation du revendiquant, dans la mesure où elle permet de considérer que la règle de l'article 2279 ne constitue qu'une présomption simple. En d'autres termes, la possession de celui qui a traité avec un propriétaire ne légitime pas le mode de transmission, elle se contente d'en rapporter la preuve (269).

---

(266) Comp. supra, n° 347.

(267) RIPERT-BOULANGER, op. cit., n° 2861.

(268) WEILL, op. cit., n° 496.

(269) Comp. supra, n° 372.

391. - Cependant, bien qu'elle ne soit en l'occurrence qu'une règle de preuve, la possession doit sensiblement remplir les mêmes conditions que celles qui sont requises pour le jeu de l'article 2279 en cas d'acquisition "a non domino". C'est ainsi que l'on s'accorde à exiger du possesseur une possession "animo domini" (270). Aux yeux du revendiquant, il est également important que la possession soit exempte de vices, puisque c'est la preuve contraire qui lui permettra le plus souvent de renverser la présomption de titre (271).

En revanche, exiger la bonne foi de celui qui a traité avec le véritable propriétaire relèverait du non sens (272). Et pourtant la question divise la doctrine. En réalité, le débat repose sur un malentendu. Il n'est certainement pas question d'exiger une bonne foi, au sens où l'entendent les articles 2279 et 1141 du Code civil : à aucun moment, l'acquéreur ne s'est trompé sur les pouvoirs de l'aliénateur, puisque le droit de propriété de son auteur est indiscutable. Peut-on alors soutenir que la bonne foi consisterait à avoir cru à une transmission régulière de la propriété (273) ? Son objet serait ainsi le titre dont il faudrait qu'il soit au moins putatif. A vrai dire, l'on ne discerne pas les avantages d'un tel raisonnement : à partir du moment où l'existence du titre est présumée, l'on n'a guère à se préoccuper de la bonne ou mauvaise foi du possesseur. Celle-ci est indifférente, ne serait-ce que parce que le revendiquant qui veut renverser la présomption de l'article 2279, doit prouver l'absence de titre, la détention précaire ou les vices de la possession, non la mauvaise foi du défendeur. La présomption de titre s'accompagne donc, en quelque

---

(270) Req. 15 avril 1890, S.1891.1.342.-Civ. 23 avril 1918, D.1919,1, 33, note CAPITANT, décision qui admet que le warrant agricole, rendu public par la transmission sur le registre de la justice de paix et constituant la représentation légale de la chose warrantée, confère à son porteur une possession équivalente à une possession réelle.

(271) Cf. infra, n° 398.

(272) MARTY-RAYNAUD, op.cit., n°402.-PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 377.

(273) BEUDANT et LEREBOURGS-PIGEONNIERE, Cours de Droit civil français, 2e éd., T. IV, par VOIRIN, n° 750.

sorte, d'une présomption de bonne foi et seul le renversement de la première présomption met en évidence la mauvaise foi ; mais celle-ci ne peut être isolée et servir à combattre le titre. Ainsi la bonne foi n'est-elle pas une condition d'application de la règle "En fait de meubles...", lorsque celle-ci joue comme règle de preuve (274).

Il ne peut donc plus être question, à l'heure actuelle, de nier qu'au sein de l'article 2279 du Code civil, il faille distinguer la règle de preuve de la règle de fond, seule la première pouvant s'appliquer en cas d'acquisition "a domino".

B) Le § 1006 du B. G. B. .

392. - Une nouvelle fois l'originalité du B. G. B. a consisté à séparer des questions aussi distinctes que peuvent l'être celles qui ont trait à l'acquisition "a non domino" et celles qui concernent les rapports entre possesseurs successifs. A cette dernière hypothèse, le droit allemand a réservé le § 1006 du B. G. B. (275). Cependant, le particularisme de cette démarche n'a pas pour conséquence d'opposer les deux droits dans leurs solutions respectives. Bien au contraire, l'on s'est plu à souligner, s'agissant de la fonction probatoire de la possession en cas d'acquisition "a domino", les similitudes entre le droit français et le droit allemand (276).

---

(274) En ce sens, cf. les auteurs précités, n° 272. - Contra : MAZEAUD, op. cit. n° 1544, qui pourtant souligne que la preuve de la mauvaise foi résulte de celle de l'absence de titre.

(275) § 1006 du B. G. B. Al. 1 : "Il est présumé en faveur du possesseur d'une chose mobilière qu'il en est le propriétaire. Cependant, cette présomption n'est pas opposable à un possesseur antérieur, à qui la chose a été volée, qui l'a perdue ou égarée de toute autre manière, à moins qu'il ne s'agisse d'argent ou de titre au porteur". Al. 2 : "On présume en faveur de tout possesseur antérieur qu'il a été propriétaire de la chose pendant la durée de sa possession". Al. 3 : "S'il s'agit d'une possession médiate, la même présomption profite au possesseur médiat".

(276) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 373. - SALEILLES, op. cit. (n° 89, note 29), p. 251 et s. - OECKINGHAUS, Kaufvertrag u. Übereignung beim Kauf beweglichen Sachen im deutschen u. französischen Recht, 1973, p. 147. - STRÖHAL, op.cit. (n° 108, note 98), p. 56.

De prime abord, cependant, la disposition du § 1006 demeure à bien des égards distincte de la présomption édictée par l'art. 2279. Cela tient en premier lieu au fait qu'elle a une portée beaucoup plus générale, dans la mesure où elle englobe la présomption de propriété attachée à toute possession. Si donc le § 1006 du B. G. B. constitue une disposition particulière, il n'est pas réservé à la seule solution des conflits pouvant survenir entre un possesseur et son auteur. Il tend à protéger tout possesseur qui aurait des difficultés à prouver son droit. On n'est pas très éloigné du moyen indirect de protection possessoire que constitue l'effet probatoire de la possession (277). Cette finalité propre au droit allemand est un obstacle à ce que se développe une similitude parfaite entre la présomption de l'article 2279 et celle du § 1006. Elle oblige également le législateur à préciser un certain nombre d'hypothèses en fonction des conceptions générales qu'il a retenues en matière de possession. Ainsi, la présomption bénéficie au possesseur médiat en cas de dédoublement de la possession. Encore est-il utile de préciser que tel sera le cas uniquement si la possession n'a pas fait l'objet de dédoublements successifs (278). En cas de pluralité de possesseurs médiats, seul celui qui se situe au sommet de l'échelle des possessions, c'est-à-dire celui qui ne dépend d'aucun autre possesseur médiat, peut bénéficier du § 1006 (279). Mais l'attribution de la présomption de propriété au possesseur médiat ne doit pas être interprétée comme empêchant un possesseur direct d'en bénéficier également. En réalité, les effets du § 1006 ont été étendus à l'usufruitier -§ 1065 du B. G. B.- et au droit de gage mobilier -§ 1227 du B. G. B.- et ce même à l'encontre du propriétaire. L'extension du § 1006 au possesseur détenant en vertu d'un titre contractuel a été plus discutée : il faut reconnaître qu'elle réaliserait une véritable déformation de la présomption contenue dans ce texte (280).

(277) Cf. supra, n° 311 et 312.

(278) Cf. supra, n° 137.

(279) STAUDINGER, op. cit., § 1006-3.-BAUR, op.cit., § 10,II,1.-La présomption joue également pour un possesseur médiat à titre de sûreté : B. G. H. 16 avril 1969, J. Z. 1969, 433.

(280) En faveur de cette extension, STAUDINGER, op.cit.,§ 1006,3.-Contra BAUR,op.cit.,§ 10,II,2.-Pour une opinion plus nuancée : WOLFF-RAISER, op. cit., § 22, II.

Dans le même ordre d'idées, l'alinéa 2 du § 1006 accorde le bénéfice de la présomption de propriété à celui qui a possédé initialement. Cette règle a pour conséquence de limiter la portée de la présomption à l'égard du possesseur actuel, au seul moment de sa possession (281). Autrement dit, un possesseur ne peut se prévaloir d'un droit de propriété pour un temps où il n'a pas été en possession du bien (282).

D'une manière plus générale, la présomption ne peut jouer qu'en faveur du possesseur et non contre lui. Ainsi dans une action qui voudrait atteindre le propriétaire en tant que tel, il ne suffirait pas de prouver sa possession (283). Il en va autrement en droit français, où possession et propriété se confondent, puisque l'article 2279 dépasse le seul cadre de la présomption générale inhérente à toute possession (284).

393. - Compte tenu des traits généraux du § 1006, on aurait pu craindre que ce dernier ne soit à aucun moment appelé à jouer le même rôle que l'article 2279. En réalité, il n'en est rien : le droit allemand confère à la possession un rôle semblable à celui qui lui est dévolu en droit français, lorsqu'il est nécessaire de résoudre les conflits entre possesseurs successifs. Dans le cadre du § 1006, tout comme dans celui de l'article 2279, ce qui est présumé, c'est effectivement l'existence d'un titre translatif de propriété. Contrairement à ce qu'aurait pu faire croire la lettre du texte, le § 1006 ne signifie pas que le possesseur est propriétaire en ce moment, mais que lors de l'acquisition de la possession, il a acquis la propriété. Comme le Code civil, le B. G. B. se réfère donc à la manière dont le transfert de propriété est réalisé, en faisant présumer qu'au moment de l'entrée en possession le possesseur a acquis le droit qui s'y rapporte (285). Tant et si bien que s'il résulte des circonstances ou des déclarations du dé-

---

(281) STAUDINGER, op. cit., § 1006, 2.
(282) Sur les effets de cette disposition, cf. infra, n° 394.
(283) STAUDINGER, op. cit., § 1006,4. - WOLFF-RAISER, op.cit.,§ 22,III.
(284) Cf. supra, n° 311 et 389.
(285) WOLFF-RAISER, op.cit., § 22,I.-SOERGEL, op.cit., § 1006,1.-B.G.H. 5 juillet 1967, N. J. W. 1967, 2008. B. G. H. 23 avril 1975, JuS. 1975, 536, note SCHMIDT.

fendeur que cette acquisition n'a pu avoir lieu à ce moment, le § 1006 sera inopérant (286). Dans les deux droits, il est donc supposé qu'il y a un lien certain entre l'acquisition de la possession et celle de la propriété. Si l'on a pu avoir quelques doutes sur la portée du § 1006 alinéa 1, sa confrontation avec l'alinéa 2 lève toute ambiguïté. Cet alinéa signifie, en effet, qu'en cas de conflit entre deux possesseurs successifs, c'est la deuxième possession qui est préférée, chacune des deux parties n'étant présumée propriétaire que pour le temps de sa possession. Ainsi, un père qui revendique un piano qu'il dit n'avoir que prêté à sa fille et son gendre, se heurtera au § 1006 (287). Cela démontre à l'évidence que l'on discute bien du titre d'acquisition et que, dépassant la seule présomption de propriété, le § 1006 a pour effet de dispenser le défendeur de la preuve de son titre (288). Dans cette mesure les deux législations adoptent une attitude tout à fait similaire, lorsque le possesseur a traité avec le véritable propriétaire.

394. - Il n'est, par conséquent, guère étonnant de constater que le droit allemand s'aligne sur les solutions françaises, en exigeant une possession "animo domini". Ce n'est qu'au regard du § 854 qu'une pareille solution peut être surprenante, mais il a déjà été vérifié à plusieurs reprises que dès que la possession conduit à la propriété, les deux droits se retrouvent malgré toutes leurs divergences. Ainsi donc, seul un "Eigenbesitzer" peut invoquer le § 1006(289). Cela explique que si le possesseur médiat est visé par l'alinéa 3 du § 1006, ce ne peut être que celui qui n'a aucun autre possesseur médiat au-dessus de lui (290). Au surplus, il existe en fait une véri-

---

(286) B.G.H.12 février 1959,F.Z.VI,n° 3145.-B.G.H. 11 mai 1964,F.Z.X, n° 2889.

(287) B. G. H. 13 juillet 1970, Fam. R. Z. 1970, 586.

(288) HADDING, "Die Eigentumsvermutung nach § 1006, I, B. G. B. im Herausgaberechtsstreit", à propos de la décision précitée à la note 287, JuS.1972,183.-Cf.également, B.G.H.10 mai 1960,N.J.W.1960,1517.

(289) Sur la notion d' "Eigenbesitzer", cf. supra, n° 158.

(290) Cf. supra, n° 392.

table présomption de possession "animus domini", et cette remarque vaut également pour le droit français. Tout étant fonction du titre présumé, la détention précaire ne s'établira qu'avec le renversement de cette présomption. En d'autres termes, tant qu'il ne sera pas mis fin aux effets du § 1006, comme à ceux de l'article 2279, une présomption d'animus domini accompagnera la présomption de titre.

Dans ces conditions, il n'est pas difficile de constater à quel point les solutions des deux législations s'harmonisent pour régler les différends qui surviennent entre possesseurs successifs.

§ 2 : - La situation du revendiquant.

395. - Simple règle de preuve, la présomption édictée tant par l'article 2279 que par le § 1006, peut être renversée par le revendiquant (A). Si l'on se réfère aux mécanismes qui gouvernent l'acquisition "a non domino", il y a là une amélioration sensible des droits du propriétaire dépossédé. Cependant, cette remarque se justifie uniquement au regard des solutions françaises. L'on sait qu'intervenant en tant que règle de fond, l'article 2279 constitue une présomption irréfragable en faveur du tiers acquéreur. Plus particulièrement, il n'est pas possible au propriétaire dépossédé d'invoquer l'absence de titre, alors que cette faculté est offerte au revendiquant allemand (291). L'article 2279 n'édicte donc qu'une présomption simple, lorsqu'il est appelé à intervenir dans les rapports entre un possesseur et son auteur. De ce point de vue, il n'y a,en revanche, aucune différence à faire entre le § 1006 et le § 932. En permettant ainsi au revendiquant de renverser la présomption de titre attachée à la possession du défendeur, les deux législations sauvegardent son droit de propriété sur lequel se greffera un certain nombre d'actions dirigées contre le possesseur (B).

A) Renversement de la présomption.

---

(291) Cf. supra, n° 367 et 368 ; n° 374.

396. - Le propriétaire revendiquant a tout d'abord la possibilité de démontrer que la possession ne remplit pas les conditions exigées tant en droit français qu'en droit allemand. En droit français, l'on invoquera le plus souvent un vice de la possession, notamment en cas de don manuel où il n'est pas rare qu'une certaine équivoque conduise à suspecter la régularité de la transmission (292). D'une manière générale, la possession sera équivoque "non seulement lorsqu'elle est susceptible de plusieurs interprétations dont l'une est exclusive d'une acquisition de la propriété, mais lorsque les circonstances de la cause paraissent défavorables aux allégations du possesseur, autrement dit, lorsque ces circonstances rendent peu vraisemblable l'existence d'un titre translatif à son profit" (293). Le droit allemand offre également la possibilité de se fonder sur les vices de la possession, mais compte tenu de l'originalité de ses solutions, une telle action prendra un tour particulier. Elle visera, en fait, à démontrer que la possession n'est pas exercée à titre de propriétaire, tant il est vrai qu'en droit allemand, la détention n'est qu'un vice de la possession (294). Cependant, en pratique, la détention précaire s'établira selon des modes de preuve parfaitement identiques des deux côtés du Rhin. Qu'elle soit ou non considérée comme un vice de la possession, la précarité ne peut résulter que d'un titre qui oblige le possesseur à restituer le bien au revendiquant. C'est donc à ce dernier que revient la charge d'apporter la preuve, selon les règles de droit commun, de l'existence d'un pareil titre, preuve qui contredira sans discussion possible la présomption contraire dont se prévaut le possesseur.

397. - Sans être obligé d'apporter une preuve positive, ce qui peut se révéler être très difficile, le propriétaire est en droit d'invoquer l'absence de titre. Cette proposition peut paraître surpre-

---

(292) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 377.-WEILL, op.cit. n°499.-Cf. supra n° 151.

(293) ABDEL-BAKI, op.cit. (n° 374, note 71), p. 530.

(294) Cf. supra, n° 157 et s.

nante. Le titre n'est-il pas en l'occurrence présumé, et le renversement de cette présomption ne suppose-t-il pas une preuve contraire directe ? En réalité, aussi bien dans le cadre de l'article 2279 que dans celui du § 1006, la présomption n'a pour effet que de dispenser le possesseur de rapporter la preuve du titre en vertu duquel il détient le bien. Mais il ne saurait être question de dispenser le possesseur de dire à quel titre il possède. Il doit être en mesure de connaître la cause en vertu de laquelle il croit avoir acquis la propriété. Face à l'action du propriétaire initial, il lui est nécessaire d'invoquer quel acte translatif de propriété justifie ses prétentions. Ainsi, l'absence de tradition, alors que le défendeur invoque l'existence à son profit d'un don manuel, écarte-t-elle le jeu de l'article 2279 (295). L'on comprend alors pourquoi les tribunaux allemands se refusent à appliquer le § 1006, chaque fois qu'il résulte des circonstances ou des déclarations du défendeur, qu'aucune transmission de la propriété n'a pu avoir lieu (296). Dispensé de rapporter la preuve du titre, le possesseur est néanmoins tenu d'invoquer la cause de sa possession (297). C'est d'ailleurs ce qu'indiquait la Cour de cassation dès 1893, au moment même où elle étendait l'article 2279 aux rapports entre un possesseur et son auteur (298). De la sorte, la preuve du défaut de titre constitue bien un moyen offert au revendiquant, susceptible d'écarter les effets de l'article 2279 et ceux du § 1006.

398. - Le demandeur peut enfin démontrer que le possesseur s'est emparé frauduleusement des meubles qu'il détient. Cette hypothèse n'est expressément envisagée que par le § 1006 du B. G. B., mais elle ne fait aucun doute en droit français (299). En pareille hypothèse, la possession du défendeur sera d'ailleurs le plus souvent considérée comme clandestine ou équivoque, mais ce peut ne pas être le cas

---

(295) Orléans, 3 novembre 1943, précité n° 389, note 258.

(296) Cf. supra, n° 396, note 286.

(297) WEILL, op. cit., n° 499, in fine.

(298) Req. 5 décembre 1893, précité n° 389, note 265.

(299) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 377.-WEILL, op. cit., n° 499.

et seule la preuve d'une soustraction frauduleuse ou de manoeuvres dolosives permettra au revendiquant d'aboutir à ses fins.

Si cette règle est suivie par les deux législations, peut-être n'a-t-elle pas la même portée de part et d'autre. La formule employée par le § 1006 n'est pas sans rappeler celle du § 935, qui exclut du champ d'application du § 932, les meubles perdus, volés ou adirés de quelque autre manière (300). Et les commentateurs allemands ne manquent pas de renvoyer, sur ce point, l'interprétation du § 1006 à celle du § 935 (301). Dans ces conditions, il faut se souvenir que le vol est entendu au sens qui lui confère le droit pénal et que toute remise volontaire, même effectuée sous l'empire d'un abus de confiance ou d'une escroquerie, échappe aux prévisions de l'article 2279 et du § 1006. En droit français, lorsque l'article 2279 fait office de règle de preuve, la situation paraît tout autre : dans la mesure où la doctrine use de l'expression "manoeuvres dolosives", il faut admettre que la remise d'un bien effectué sous l'empire d'une menace ou d'une tromperie permet cette fois d'échapper aux effets de l'article 2279. De ce point de vue, la situation du revendiquant français paraît particulièrement favorable.

B) Actions offertes au propriétaire.

399. - Les voies de droit offertes au propriétaire revendiquant, une fois renversée la présomption de propriété attachée à la possession du défendeur, ne dépendent pas en principe de ce qu'il a été amené à prouver pour obtenir un gain de cause. Cependant, si le demandeur a établi la détention précaire du défendeur, il n'a pu le faire qu'en invoquant un titre obligeant ce dernier à restitution. Le propriétaire a donc le droit de réclamer le bien, en vertu d'une action personnelle en restitution. Il en ira de même, lorsque c'est l'absence

(300) Cf. supra, n° 376 et s.

(301) STAUDINGER, op. cit., § 1006,1. - WOLFF-RAISER, op. cit., § 22, IV.

de titre qui aura conduit à écarter l'article 2279 ou le § 1006. Le défaut de titre de la part du défendeur a pour conséquence la reconnaissance du droit de propriété du revendiquant, et si le défendeur a pu, même légitimement, détenir le bien, ce ne pouvait être que temporairement et à charge de restitution. Le propriétaire dispose donc également d'une action en restitution.

400. - Dans ces conditions, il est d'autant plus surprenant que l'on ait maintenu en faveur du propriétaire la possibilité d'une action en revendication. Il est vrai que le cumul de l'action personnelle et de l'action en revendication a été controversé , du moins en droit français (302). Cependant, à partir du moment où les conditions de l'article 2279 ne sont pas remplies, il faut bien reconnaître que rien ne s'oppose à l'action en revendication, pour peu que la preuve de l'existence d'une obligation de restitution ait été préalablement établie (303). Or, l'on sait qu'une telle preuve résultera nécessairement des moyens dont le revendiquant aura dû user pour renverser la présomption de l'article 2279 (304).

Le maintien d'une action en revendication, parallèlement à l'action en restitution, offre plusieurs avantages. La revendication étant en principe imprescriptible, il est certain qu'elle survivra à toute action en restitution. Il est ensuite des circonstances où seule la revendication permettra au propriétaire de recouvrer son bien. Ainsi, lorsque le meuble a été remis à titre précaire à un incapable, aucune créance personnelle, en principe, n'a pu naître et la nécessité d'une revendication s'impose d'elle-même. A ces exemples la doctrine a coutume d'ajouter celui où le détenteur est un usufruitier qui a reçu son droit du même testament que le nu-propriétaire : en l'absence de contrat entre ces deux personnes, le nu-propriétaire ne dispose d'aucune action personnelle. Même si ces différentes hypothèses peuvent

---

(302) WEILL, op. cit., n° 500.

(303) WEILL, op. cit., ibidem. - PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 378. - Civ. 24 mars 1915, D. P. 1920.1.143. - A contrario : Req. 5 décembre 1893, précité n° 389, note 265.

(304) Cf. supra, n° 399.

paraître marginales, il est difficile de nier l'intérêt que peut parfois présenter pour le propriétaire le droit de recourir à l'action en revendication.

En droit allemand, cette faculté ne fait aucun doute. Il a toujours été admis que l'action en revendication du § 985 pouvait se cumuler avec les actions personnelles, ou plus exactement qu'entre les deux le choix du propriétaire était parfaitement libre (305).

401. - En définitive, lorsque la possession est appelée à résoudre un conflit entre un possesseur et son auteur ou les héritiers de celui-ci, la similitude des solutions du droit français et du droit allemand, à quelques détails près, ne fait aucun doute. Des deux côtés du Rhin, ce qui est en jeu, c'est la preuve du titre, difficulté que la possession permet de résoudre d'une manière qui est favorable aux intérêts du possesseur. Cependant, les deux législations connaissent la possibilité d'apporter la preuve contraire, en s'attaquant notamment à la précarité de la possession ou à l'absence de titre. Mais quelles que soient leurs modalités d'application, l'article 2279 et le § 1006 aboutissent à conforter la situation du possesseur en lui permettant d'acquérir le droit correspondant à son pouvoir de fait. De ce point de vue, même si elle intervient comme règle de preuve, la possession participe à une fonction acquisitive.

---

(305) PALANDT, op.cit., Rem. prél. § 985, 3, a.-SOERGEL, op. cit., Rem. prél. § 985, 6.-STAUDINGER, op. cit., § 985,1.-SCHWERDTNER, op. cit. (n° 294, note 318), p. 91.-B. G. H. 21 décembre 1960, B. G. H. Z. 34, 123. - A propos de cette décision, cf. les critiques de RAISER, "Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen", J. Z. 1961, 529.

Sous-section IV : La prescription acquisitive mobilière.

402. - Que l'on soit en présence d'une acquisition "a non domino" ou d'un conflit opposant un possesseur à son auteur, la possession conduit à la propriété dans l'instant même où les conditions requises par le Code civil et le B. G. B. sont réunies. Cette acquisition instantanée rend impossible toute explication qui se réfèrerait à l'idée de prescription. Dans ces conditions, une prescription acquisitive mobilière n'est concevable qu'en dehors des mécanismes qui, dès le départ, lient possession et propriété. En d'autres termes, la prescription mobilière n'a d'intérêt que dans les circonstances où les conditions d'une acquisition immédiate de la propriété ne sont pas réunies. Il n'est alors guère difficile de deviner que, sur ce point, les deux législations sont fort éloignées l'une de l'autre (§ 1). L'on sait qu'en cette matière, l'un des buts du Code civil, sinon le seul, a été d'empêcher par principe la revendication mobilière ; le domaine de l'usucapion mobilière s'en trouvera considérablement réduit. A l'inverse, la prescription acquisitive mobilière présente, en droit allemand, les caractères d'une véritable nécessité : les conditions de l'acquisition "a non domino" étant beaucoup plus restrictives qu'en droit français, nombre de possesseurs qui ne peuvent en bénéficier ne devront leur salut qu'à une possession prolongée. L'on ne s'étonnera donc pas que le B. G. B. ait expressément envisagé l'usucapion mobilière dans son § 937, rendant ainsi nécessaire l'étude de ses différentes modalités (§ 2).

§ 1 : Les intérêts d'une prescription acquisitive mobilière.

403. - En droit français, le statut juridique des meubles et le rôle que la possession est appelée à jouer à leur égard, condamne l'usucapion mobilière à n'occuper qu'une place de second ordre parmi tous les autres modes d'acquisition de la propriété fondée sur la possession.

En matière mobilière, dans le système de notre Code civil, et dont l'article 2279 est la traduction quelque peu confuse, possession et propriété sont en principe liées. Le défendeur ne songera donc à invoquer les règles de la prescription acquisitive que si tel n'est pas le cas.

Cela se présentera notamment chaque fois que le possesseur a été de mauvaise foi lors de son entrée en possession. Ainsi le tiers acquéreur qui, en pleine connaissance de cause, contracte avec un non propriétaire, ne peut se réfugier derrière l'article 2279 (306). Seulement, en l'absence de toutes dispositions particulières, il faut bien admettre que l'action en revendication du propriétaire dépossédé se prescrit en 30 ans (307). Le possesseur de mauvaise foi sera donc, à l'expiration de ce délai, définitivement propriétaire du bien, encore que l'on puisse se demander quel peut être le point de départ de cette prescription. Hormis les cas de vol ou de perte, convient-il de prendre en considération le jour où le propriétaire a confié le bien à celui qui va le détourner, ou faut-il retenir le moment où le tiers entre en possession du bien (308) ? Seule la seconde solution nous paraît devoir être retenue. S'en tenir au jour de la remise du bien à l'auteur du détournement, reviendrait à n'envisager la question que sous l'angle d'une prescription extinctive. En réalité, la logique de l'article 2279 impose que l'on tienne compte de la possession de l'acquéreur, fût-il de mauvaise foi. C'est donc du jour où le tiers acquéreur est entré en possession du bien que doit courir la prescription trentenaire (309).

Le possesseur qui, de mauvaise foi, a acquis un meuble détourné par le vendeur, n'est pas le seul qui ait un intérêt à pouvoir invoquer la prescription de l'action en revendication. Cette faculté

---

(306) Cf. supra, n° 363 et s.

(307) WEILL, op.cit., n° 307.-CARBONNIER, op.cit., n° 76, p. 272.

(308) WEILL, op. cit., ibidem.

(309) Contra : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 689.

est également précieuse pour le voleur ou l'inventeur contre lesquels l'on sait que le propriétaire conserve tous ses droits (310). Il faut enfin admettre que l'action en revendication dirigée contre un tiers, qui a acquis sciemment un meuble perdu ou volé, se prescrit à son tour en 30 ans (311).

Lorsque l'article 2279 intervient comme règle de preuve (312), les intérêts d'une prescription acquisitive sont moins évidents. Le propriétaire qui renverse la présomption de titre qu'emporte normalement la possession du défendeur, établit du même coup son propre droit de propriété : il dispose alors d'une action personnelle en restitution, née du contrat, mais qui se prescrit en 30 ans. L'on sait cependant, qu'il est en droit de cumuler son action personnelle et l'action en revendication : l'un des avantages de ce cumul résiderait dans l'imprescriptibilité de la revendication (313). Or cette dernière solution semble précisément ne pas devoir être retenue (314). Dans ces conditions, l'action personnelle comme l'action en revendication n'empêcheraient pas le possesseur de devenir propriétaire, à l'expiration du délai de 30 ans. Mais peut-être est-il possible de justifier le maintien de la revendication pour d'autres raisons.

Lorsque l'article 2279 intervient dans les rapports entre un possesseur et son auteur, l'on a pu constater que ce qui est à l'origine du conflit, c'est le titre en vertu duquel le meuble se trouve dans les mains du défendeur. Ce dernier se contente d'affirmer qu'il a

---

(310) Cf. supra, n° 339 et 382.

(311) S'agissant d'un acquéreur de bonne foi, le délai triennal de l'article 2279 alinéa 2 n'est pas un délai de prescription ; cf. supra, n° 379.

(312) Cf. supra, n° 389 et s.

(313) Cf. supra, n° 399 et s.

(314) Comp. WEILL, op. cit., n° 307, 484 et 500.

acquis régulièrement la propriété et, comme preuve de ses allégations, la loi lui permet de s'en tenir à sa seule possession. Mais en combattant avec succès cette présomption et en établissant par voie de conséquence son propre droit, il arrive que le revendiquant démontre que le défendeur n'est qu'un détenteur précaire. Tenu de restituer en vertu de son titre, le détenteur peut difficilement invoquer une quelconque prescription acquisitive. L'article 2236 du Code civil l'empêche de prescrire contre son titre et l'article 2240 confirme ce point de vue (315). Une prescription de l'action en revendication n'est donc possible que si le propriétaire renverse la présomption de l'article 2279 pour d'autres motifs que ceux tirés de la précarité de la détention du défendeur (316). Mais alors disparaît l'un des avantages traditionnellement attachés au cumul de l'action en restitution et de l'action personnelle.

404. - En droit allemand, plusieurs raisons militent en faveur d'une prescription acquisitive mobilière, telle qu'elle a été introduite par le § 937 du B. G. B. (317). Mais, comme en droit français, elle n'est appelée à intervenir que lorsque les conditions du § 932 ne sont pas remplies. Ces conditions étant cependant plus restrictives qu'en droit français, le recours à l'usucapion mobilière s'imposera plus fréquemment qu'à propos de l'article 2279.

En pratique, l'usucapion mobilière servira tout d'abord à couvrir le défaut de titre dont on sait qu'il est une condition de l'application du § 932 (318). Le B. G. B. corrige ainsi la rigidité de certaines de ses solutions. Dans le même ordre d'idées, le § 937

---

(315) Cf. supra, n° 133. En ce sens, CARBONNIER, op.cit., n° 76, p.272 ; PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 164.

(316) Cf. supra, n° 396 et s.

(317) "Celui qui possède en propre une chose pendant dix ans, en acquiert la propriété (prescription acquisitive). La prescription acquisitive est exclue lorsque l'acquéreur au moment où il prend possession du bien, n'est pas de bonne foi ou lorsqu'il apprend par la suite que la propriété ne lui appartient pas".

(318) Cf. supra, n° 368.

permet de légitimer la transmission, lorsque celle-ci est atteinte d'un autre vice que le défaut de propriété ou lorsque la tradition ne s'est pas réalisée conformément aux exigences du § 929 du B. G. B. (319). Enfin, l'existence d'une prescription acquisitive mobilière est capitale pour l'acquéreur de bonne foi d'un meuble volé, perdu ou adiré de quelqu'autre manière. Le § 935 ne connaît aucune disposition qui soit comparable à celle de l'article 2279 alinéa 2 et, alors que le possesseur français voit son droit consolidé à l'expiration d'un délai de trois ans, le possesseur allemand, en l'absence de toutes dispositions particulières, aurait dû être soumis à la prescription de droit commun. Ces différentes circonstances justifient donc plus largement qu'en droit français, le recours à l'usucapion mobilière (320). Cependant, il n'est pas certain que le B. G. B. soit très nettement plus libéral que le Code civil. Le § 937 exigeant une possession de bonne foi, si cette condition défaille, le possesseur allemand, tout comme son homologue français, ne prescrira qu'en trente ans (321). Ainsi, en distinguant le possesseur de bonne foi et en lui offrant une prescription abrégée, le B. G. B. connaît en matière mobilière un système fort proche de celui que le droit français applique en matière immobilière.

§ 2 : Les modalités de la prescription acquisitive en droit allemand.

406. - Compte tenu des conceptions allemandes en matière de possession, les conditions de l'usucapion mobilière méritent d'être précisées. Une nouvelle fois, comme chaque fois que la possession conduit à la propriété, il ne sera pas difficile de constater à quel point le B. G. B. se rapproche des solutions françaises.

---

(319) Cf. supra, n° 368.

(320) STAUDINGER, op.cit.,§ 937,3-SOERGEL,op.cit.,Rem.prél. § 937,2-WESTERMANN, op. cit., § 51,I.

(321) La doctrine allemande en déduit qu'il n'y a pas véritablement acquisition de la propriété, mais simplement consolidation définitive de la possession : WOLFF-RAISER, op. cit., § 71, 2.

La lettre même du § 937 exige, en premier lieu, une possession "animo domini". Cela suppose que l'on soit en présence d'un possesseur direct, sans qu'il y ait un dédoublement de la possession. Un possesseur médiat ne pourra bénéficier, quant à lui, du § 937 que s'il est au sommet de l'échelle des possessions (322). La possession à titre de propriétaire est essentiellement fonction de la volonté du possesseur, volonté qui doit apparaître au moment de l'entrée en possession et dont un titre, serait-il putatif, facilitera la preuve (323).

L' "Eigenbesitzer" doit être de bonne foi. Et il le sera, s'il croit sans négligence grossière à son droit de propriété. Cette définition n'est donc pas celle qui a cours en cas d'acquisition "a non domino" (324). La bonne foi n'a trait ici, ni aux conditions d'acquisition, ni aux droits du vendeur (325). Force est de reconnaître qu'il ne s'agit que d'une nuance. Le possesseur sera d'autant plus facilement de bonne foi qu'il aura cru avoir acquis régulièrement le droit de propriété. L'absence de mauvaise foi est bien évidemment exigée au moment de l'entrée en possession. Cependant, et sur ce point le B. G. B. consacre une solution particulièrement originale, la mauvaise foi survenant par la suite fait obstacle au jeu du § 937 (326). Cette solution est d'autant plus surprenante que dans le cadre du § 932 la bonne foi s'apprécie au seul moment de l'acquisition de la possession (327). Ce-

---

(322) Cf. supra, n° 137 - STAUDINGER, op. cit., § 937, 1.

(323) STAUDINGER, ibidem - BAUR, op. cit., § 53, h, II.

(324) Cf. supra, n° 364.

(325) En ce sens, BAUR, op. cit., ibidem - WOLFF - RAISER, op. cit., § 71, I. - Comp. pour une définition légèrement différente et qui prend en considération les circonstances par lesquelles le possesseur est entré en possession du bien, STAUDINGER, op. cit., § 937, 2.

(326) Comp. les solutions françaises en matière d'usucapion immobilière, infra, n° 431.

(327) Cf. supra, n° 365.

pendant la situation du possesseur n'est pas tout à fait la même, selon que l'on se place ou non au moment de l'entrée en possession. Les auteurs témoignent à cet égard d'une plus grande sévérité pour apprécier la bonne foi lors de l'obtention de la possession. A ce moment, la négligence grossière est assimilée à la mauvaise foi. Cela a pour conséquence de faire peser sur les épaules de l'acquéreur une véritable obligation de renseignement. En revanche, par la suite, l'acquéreur ne sera de mauvaise foi que s'il apprend précisément et directement qu'il ne peut être propriétaire du bien qu'il détient et non s'il néglige simplement de le faire (328).

L'hypothèse inverse peut également se présenter : le tiers acquéreur qui au départ est de mauvaise foi, peut parfois devenir de bonne foi. Ainsi, celui qui en pleine connaissance de cause acquiert un bien volé, mais qui par la suite s'entend avec celui qu'il croit être le propriétaire, devrait pouvoir commencer à prescrire à partir de ce moment. Mais il ne s'agit là que d'une opinion très isolée (329).

406. - Si le § 937 suppose une possession à titre de propriétaire et de bonne foi, il n'exige pas, en revanche, de juste titre. En l'occurrence, la possession de l'acquéreur n'a pas besoin de fondement objectif (330). Cela explique que la bonne foi exigée de la part du possesseur se limite à son propre droit de propriété. Et si le § 937 peut faire penser par moment à l'usucapion décennale du droit français, l'inutilité d'un titre le rapproche singulièrement de l'article 2279. Ainsi dès qu'un tiers acquéreur ne pourra se prévaloir d'un titre ou

---

(328) Comp. supra, n° 364.-STAUDINGER, op.cit., § 937,2.-WOLFF-RAISER, op. cit., § 71,2. - SOERGEL, op. cit, § 937, 5.

(329) WOLFF-RAISER, op. cit., § 71,I,2.-SOERGEL, op.cit., § 937, 5.

(330) STAUDINGER, op. cit., § 937, 1.

que ce dernier sera vicié autrement que par le défaut de propriété de l'aliénateur, la possession devra se mouler dans les conditions du § 937. Elle ne se substituera pas au titre défaillant comme en droit français, mais elle constituera le support nécessaire à toute prescription acquisitive.

407. - Le délai de prescription a été fixé à 10 ans par le § 937. C'est un délai qui en matière mobilière peut paraître trop long, surtout au regard du droit français où le possesseur de bonne foi, dans les rares cas où il n'acquiert pas immédiatement la propriété du meuble, ne peut être inquiété que pendant trois ans (331). Afin de faciliter la tâche du possesseur, le § 938 prévoit toutefois que "si une personne a possédé une chose à titre de propriétaire au commencement et à la fin d'un certain laps de temps, elle est présumée avoir possédé au même titre dans l'intervalle". Cette disposition est la seule qui, en ce domaine, soit favorable au possesseur. Toutes les autres ne visent qu'à sauvegarder les droits du propriétaire.

Ainsi le B. G. B. envisage-t-il un certain nombre de cas qui conduisent à suspendre l'écoulement du délai de prescription. Deux causes de suspension sont prévues par le § 939(332)La première empêche le possesseur de prescrire tant que, de son côté, le propriétaire est dans l'impossibilité d'exercer l'action en revendication. La deuxième cause de suspension se réfère à un certain nombre de circonstances particulières, relevant du droit commun de la prescription. Le § 939 ne renvoie expressément qu'aux §§ 206 et 207 du B. G. B., mais il est né-

---

(331) WOLFF-RAISER, op.cit., § 71, I, 3 - SOERGEL, op.cit.,§ 937,S.

(332) "La prescription acquisitive ne peut commencer et, si elle a débuté,elle ne peut continuer à courir tant que la prescription du droit de revendiquer la propriété est suspendue ou que les dispositions des §§ 206 et 207 s'opposent à son accomplissement".

cessaire d'envisager d'autres hypothèses (333). Outre les difficultés tenant à la capacité du titulaire de l'action en revendication, ou celles d'ordre successoral, il est nécessaire de suspendre la prescription chaque fois que le possesseur a un droit quelconque à posséder et qu'il peut par conséquent refuser momentanément la restitution du bien (§ 202 du B. G. B.). La prescription est également suspendue lorsque, selon le § 203 du B. G. B., le propriétaire "est empêché dans la poursuite de ses droits du fait de l'arrêt de la procédure judiciaire durant les six derniers mois du délai de prescription". L'alinéa 2 de cette même disposition précise qu'il en ira de même si cet empêchement résulte d'un cas de force majeure. Enfin, le § 204 du B. G. B. rappelle qu'il ne saurait y avoir de prescription acquisitive entre époux ou entre parents et enfants (334).

De leur côté, les causes d'interruption recouvrent deux hypothèses fort différentes, l'une dépendant du possesseur, l'autre du propriétaire. Comme en droit français, et à l'inverse de ce qui se passe en cas de simple suspension, l'interruption a pour effet d'anéantir le délai écoulé et seule peut débuter une nouvelle prescription (§ 942 du B. G. B.). Les particularités du § 937 imposent cependant que les causes d'interruption n'aient pas constitué le possesseur de mauvaise foi.

---

(333) § 206 du B. G. B. "Si un incapable ou quelqu'un dont la capacité est limitée, n'a pas de représentant légal, la prescription qui court contre lui ne peut s'accomplir avant l'expiration d'un délai de six mois, une fois que cette personne est devenue capable ou qu'a cessé le défaut de représentation. S'il s'agit d'un délai de prescription inférieur à six mois, ce délai se substituera aux six mois. Ces dispositions ne concernent pas la personne dont la capacité est limitée, mais qui peut agir en justice". Le § 207 vise la prescription d'un droit appartenant à une succession ou qui existe contre une succession.

(334) Sur tous ces points, cf. STAUDINGER, op. cit., § 937,2.

La prescription acquisitive peut tout d'abord être interrompue, lorsqu'une des deux conditions du § 937 défaille. En fait, des deux conditions, seul le défaut de possession constitue une véritable cause d'interruption. L'on sait que, de son côté, le défaut de bonne foi a pour conséquence pure et simple d'écarter définitivement la possibilité de recourir à l'usucapion. Aussi n'est-il guère surprenant que seule la perte de la possession ait été envisagée par le § 940 (335). Cette perte n'est pas ici celle qui résulterait d'un abandon du pouvoir de maîtrise, tel que l'envisage le § 856 du B. G. B. (336). Il s'agit uniquement de la perte de l'animus domini ("Verlust des Eigenbesitzes") (337). Autrement dit, et conformément au rôle de l'animus domini en droit allemand, l'usucapion n'est pas possible pour une possession frappée du vice de précarité. L'animus domini étant en principe fonction de la volonté du possesseur, c'est lorsque ce dernier y renonce qu'il manifeste l'intention de ne plus être considéré comme un possesseur en propre.

Une certaine ambiguïté préside cependant à la rédaction de l'alinéa 2 du § 940. On y lit que "l'interruption est considérée comme non avenue, lorsque le possesseur en propre a perdu involontairement la possession et qu'il la recouvre dans un délai d'un an ou qu'il intente à cette fin une action en justice, dans ce même délai". Or cette précision n'a de sens que si la perte de l'animus domini est due à une perte du corpus. Et c'est bien ainsi que l'entend la doctrine, elle qui rapproche le § 940 du § 935 : dans les deux cas, il s'agit d'une dépossession involontaire (338). A cette condition, le § 940 en ajoute une autre : le possesseur doit avoir récupéré le bien dans un délai d'un an ou, du moins, avoir intenté une action en justice dans ce but. Si le bien est restitué à la suite de cette procédure, la date de la restitution sera celle de l'introduction de la demande (339). Ce n'est donc que si le délai d'un an n'est pas respecté qu'il y a véritablement interruption de la possession.

(335) § 940 alinéa 1 du B. G. B. : "la prescription acquisitive est interrompue par la perte de la possession à titre de propriétaire".
(336) Cf. supra, n° 213.
(337) STAUDINGER, op. cit., § 937, 1, a et § 972,9 - Cf. supra, n° 158.
(338) STAUDINGER, op. cit., § 940, 2,-SOERGEL, op. cit., § 940, 1.
(339) STAUDINGER, op. cit., § 940, 2.

La seconde cause d'interruption tient à l'action en revendication intentée par le propriétaire. A suivre les indications du § 941 du B. G. B., "la prescription est interrompue, lorsque la propriété est revendiquée en justice, soit contre le possesseur à titre de propriétaire soit, en cas de possession médiate, contre le possesseur qui tient son droit du possesseur à titre de propriétaire ; cependant, cette interruption n'a lieu qu'au profit de celui qui la provoque ..." Le propriétaire doit donc normalement diriger son action contre un possesseur "animo domini". Cette condition relève du bon sens, puisque seul un tel possesseur peut prescrire. Elle est cependant particulièrement rigoureuse en cas de dédoublement de la possession. Normalement seule l'action dirigée contre le possesseur médiat devrait entraîner une interruption de la prescription acquisitive, lui seul étant possesseur "animo domini". En réalité, le § 941 apporte sur ce point une précision qui constitue un avantage indiscutable pour le revendiquant: ce dernier se voit offrir la possibilité d'intenter la revendication contre le seul possesseur direct, pour peu que celui-ci ait reçu son droit à posséder du possesseur médiat que l'on veut empêcher de prescrire. En revanche, l'action dirigée contre un détenteur subordonné est totalement inopérante. Le § 941 se montre ainsi particulièrement bienveillant en faveur du revendiquant, même si la cause d'interruption qu'il édicte n'a qu'une portée relative et ne saurait concerner un tiers.

408. - Le délai de prescription peut ne pas être accompli par un seul et même possesseur ; et à cet égard, le § 943 constitue une disposition originale. Tout en prévoyant une jonction des possessions, il ne distingue pas selon que la possession est transmise à titre universel ou à titre particulier (340). Dans les deux cas, c'est une nouvelle possession qui commence, bien qu'elle bénéficie du délai déjà écoulé (341). C'est dire qu'en toutes hypothèses, les

(340) Cf. infra, n° 433.

(341) STAUDINGER, op. cit., § 943, 2.

conditions du § 937 devront être remplies aussi bien par l'ancien possesseur que par son successeur. Si le premier possesseur ne satisfait pas aux obligations imposées par la loi, il ne peut être question d'une jonction des possessions. A l'inverse, aucune prescription ne pourra commencer ou se continuer si c'est le second possesseur qui ne remplit pas les conditions du § 937 (342).

Un tel système est sans doute plus rigide que celui imaginé par le droit français, notamment en cas de transmission successorale (343). D'un autre côté, le B. G. B. s'est montré fort libéral, en imaginant la possibilité d'une jonction de possessions, bien que le second possesseur ne soit pas l'ayant cause du premier. Il est vrai que cette faveur a trait à une hypothèse quelque peu particulière. L'on sait qu'en principe la possession passe à l'héritier avant même que ce dernier n'exerce la "Gewalt" (344). Il peut donc se faire qu'un tiers s'empare préalablement de l'héritage. Ce tiers, appelé "possesseur d'hérédité" ("Erbschaftsbesitzer"), sera, à un moment ou à un autre, obligé de restituer l'héritage indûment détenu aux véritables héritiers. C'est en pareille circonstance que le § 944 décide que "le temps de prescription acquisitive, écoulé au profit d'un possesseur d'hérédité, profite à l'héritier" (345). La seule difficulté de cette règle réside dans la définition de la bonne foi qui sera exigée de la part du possesseur d'hérédité. La doctrine s'accorde à reconnaître que cette bonne foi n'a pas pour objet la croyance en ses droits successoraux. Pour qu'il puisse être considéré comme étant de bonne foi, il suffit que le tiers ait cru que tous les biens dont il s'était em-

---

(342) STAUDINGER, op. cit., § 943, 3.

(343) Cf. infra, n° 433.

(344) Cf. supra, n° 196.

(345) De toutes manières, tant que l'action en pétition d'hérédité n'est pas prescrite, le possesseur de l'hérédité ne peut invoquer contre l'héritier une quelconque prescription" (§ 2026).

paré faisaient partie de la succession (346). Force est de reconnaître que cette condition sera le plus souvent satisfaite. Il sera donc possible aux héritiers de joindre à leur possession celle du possesseur d'hérédité, sans qu'aucun lien juridique ne les unisse.

409. - A l'expiration du délai de dix ans, le possesseur est définitivement consolidé dans son droit de propriété. Et contrairement à ce qui se passe dans le cadre du § 932, mais tout comme en droit français, l'usucapion mobilière est un mode d'acquisition à titre originaire : elle fait acquérir la propriété à celui qui prescrit, bien que le possesseur précédent fût également propriétaire (347). Certains auteurs se montrent cependant réticents à parler d'acquisition à titre originaire. Se référant à l'analyse faite à propos du § 932, ils considèrent que le droit de l'ancien propriétaire ne disparaît pas à proprement parler, mais qu'il est transmis. Cette même doctrine se refuse pourtant à considérer le possesseur comme un ayant cause à titre particulier du propriétaire précédent (348). Dans ces conditions, il paraît plus normal d'envisager le mécanisme du § 937 sous l'angle d'une acquisition à titre originaire. Cela se justifie d'autant plus que le propriétaire acquiert le bien libre de tous droits, sauf à appliquer le § 945 du B. G. B. (349).

Si l'acquisition de la propriété ne fait aucun doute, nombreuses sont les tentatives doctrinales qui voudraient voir sauvegarder les droits du propriétaire. Ainsi l'éventualité d'une action fondée sur l'enrichissement sans cause divise-t-elle profondément la doctrine. Certains font remarquer que lorsque l'entrée en possession s'est faite sans droit ("ohne Rechtsgrund"), il n'y a aucune raison de ne pas appliquer les dispositions de l'enrichissement sans cause. La solution

---

(346) STAUDINGER, op. cit., § 944, 1 - SOERGEL, op. cit., § 944, 2.
(347) WOLFF-RAISER, op. cit., § 71, IV.
(348) STAUDINGER, op. cit., § 937, 4.
(349) "L'acquisition de la propriété par prescription acquisitive entraîne l'extinction des droits que les tiers avaient sur la chose avant l'acquisition de la possession sauf si le possesseur au moment où il acquiert la possession n'était pas de bonne foi à leur égard ou qu'il en a connu l'existence plus tard...".

contraire, estiment-ils, conduirait à permettre à l'aliénateur non propriétaire d'agir plus longtemps que le propriétaire dépossédé. Entre le possesseur et son auteur, l'existence d'un contrat empêche, en effet, de recourir au § 937, mais aucun obstacle de cette sorte n'existe entre le tiers acquéreur et le propriétaire (350). Cette opinion a l'inconvénient de réintroduire dans la loi une distinction fondée sur le juste titre. Or la nature de la prescription acquisitive et son but commandent d'écarter définitivement toute action contre celui qui en bénéficie. Il s'agit avant tout d'assurer la sécurité du commerce juridique et d'empêcher toute contestation, toute remise en cause, lorsqu'un certain laps de temps s'est écoulé. Ce dernier point de vue semble recueillir l'assentiment de la majorité de la doctrine (351).

L'action fondée sur l'enrichissement sans cause étant ainsi écartée, l'usucapion mobilière fait du possesseur le véritable propriétaire du bien (352).

410. - Il est difficile de porter en matière de prescription acquisitive mobilière un jugement d'ensemble. Certaines situations sont parfaitement comparables. Ainsi, la situation du possesseur de mauvaise foi n'est-elle guère plus enviable en droit français qu'en droit allemand. En revanche, l'on était en droit d'attendre des solutions plus originales de la part du droit allemand, à partir du moment où ce dernier consacrait expressément l'usucapion mobilière. En réalité il est

---

(350) WOLFF-RAISER, op.cit., § 71,IV-HEDEMANN,op.cit.,§ 24,III-WESTERMANN, op. cit., § 51, III.

(351) Cf. sur ce point les développements très complets de STAUDINGER, op. cit., § 937, 4.

(352) Il reste que cette controverse a le mérite de montrer qu'effectivement l'action du propriétaire peut se heurter à un acquéreur de bonne foi, qui, ne remplissant pas les conditions du § 932, a par la suite prescrit son droit. Ce dernier devient opposable au propriétaire dépossédé, mais non à l'auteur du possesseur. Il n'est donc pas absolument certain que le propriétaire puisse bénéficier des actions normalement dévolues au vendeur.

est permis de se demander s'il s'agit d'une véritable consécration : les dispositions du B. G. B. ne sont-elles pas plutôt un palliatif nécessaire pour corriger ce que les règles de l'acquisition "a non domino" ont de trop rigide ? En s'adressant au possesseur de bonne foi, le droit allemand aggrave singulièrement sa situation, du moins en comparaison de celle faite à son homologue français. Là où le Code civil connaît une acquisition immédiate de la propriété ou se contente d'attendre trois ans, le B. G. B. oblige à patienter pendant 10 ans. Il reste que le droit allemand réalise sans doute un équilibre plus satisfaisant entre les droits du propriétaire et du possesseur. Ce souci d'équité n'est pas propre à la seule prescription acquisitive mobilière. Nous avons pu constater qu'il inspire, dans une large mesure, toutes les règles du droit allemand relatives à l'acquisition par la possession des droits réels mobiliers.

Section II : ACQUISITION DE LA PROPRIETE IMMOBILIERE.

411. - En matière immobilière, la sécurité des transactions ne saurait être assurée par des règles conduisant à favoriser délibérément le possesseur. Bien plus, l'importance économique des immeubles, le développement du commerce et la multiplication des transactions ont rendu nécessaire l'élaboration de mécanismes tendant à accroître la sécurité des acquéreurs de droits immobiliers. Et sur ce point, particulièrement important au regard de l'usucapion, les deux législations apportent des solutions fort différentes.

Tout en restant fidèle au principe du consensualisme, le droit français n'a pu cependant échapper à l'obligation d'instaurer un système de publicité foncière. Oeuvre de la Révolution, il ne fut repris que très partiellement par le Code civil : ce dernier ne retint, à titre obligatoire, que l'inscription des hypothèques et celle des donations. Très rapidement, il a fallu élargir cette liste ; la transcription de tous les actes et jugements portant mutation, constitution ou cession de droits réels immobiliers, celle des baux de plus de dix-huit ans, des quittances ou cessions de loyers pour au moins trois ans, fut décidée par la loi du 23 mars 1855. A cette liste déjà plus substantielle, le

décret-loi du 30 octobre 1935 ajouta l'obligation de transcrire les mutations par décès et les actes ou jugements simplement déclaratifs de droits réels immobiliers. L'ensemble du système fut refondu et légèrement complété par le décret du 4 janvier 1955 (353). Toutes ces dispositions ne constituent qu'un mode de publicité, publicité d'ailleurs indirecte, puisque la loi se contente d'un dépôt à la conservation des hypothèques d'une copie de l'acte instrumentaire. Une telle formalité peut s'analyser qu'en une formalité de publicité ; à aucun moment elle ne valide l'acte publié, lorsque celui-ci ne l'est pas et si elle n'est pas accomplie, l'acte garde toute son efficacité entre les parties, mais le droit transmis est inopposable aux tiers (354).

La voie choisie par le droit allemand se situe tout à l'opposé. On sait qu'en matière mobilière, le transfert de la propriété nécessite une triple opération : le contrat obligatoire est suivi d'un contrat réel, tous deux devant se traduire par la tradition du meuble (355). La transmission des droits réels immobiliers obéit au même processus, sauf à remplacer la tradition par l'inscription au livre foncier (356). L'institution du livre foncier est donc d'une nature tout à

(353) Ce texte a été partiellement modifié par le décret n° 59-89 du 7 janvier 1959.

(354) MARTY-RAYNAUD, op.cit., T. III, 1 vol., n° 573, et s. Cf. également STURM, "Bringt die französische Bodenregisterreform eine Annäherung an das deutsche Grundbuchrecht", in Festschrift für H. G. Ficker, p. 459.

(355) Cf. supra, n° 368, et infra, n° 455.

(356) § 873 du B. G. B. "Sauf dispositions légales contraires, pour transférer la propriété d'un immeuble, le grever d'un droit réel ainsi que pour transférer ou grever un droit réel immobilier , il faut l'accord des deux parties sur ce transfert ainsi que sur la transcription de ce changement au livre foncier.
Avant l'inscription, les parties ne sont liées par leur accord que s'il a été constaté judiciairement ou par acte notarié ou s'il a été soit produit, soit dressé devant le bureau du livre foncier, ou encore si le cédant a remis à l'autre partie une autorisation d'inscription conforme à la règlementation du livre foncier".

fait particulière. Si elle réalise une publicité des transactions, ce n'est qu'à titre secondaire . Elle se rattache avant tout à une fonction translative du procédé de transmission, du moins à l'égard des tiers (357). Dans cette mesure, on comprend l'affirmation selon laquelle les inscriptions au livre foncier bénéficient de la "foi publique" ("Oeffentlicher Glaube") (358). Mais si de la sorte, les droits des tiers qui ont traité sur le fondement des inscriptions du livre foncier ne peuvent plus être contestés, l'on s'accorde à admettre qu'en elle-même l'inscription est susceptible de preuve contraire et que, par conséquent, le § 891 du B. G. B. n'édicte qu'une présomption simple (359).

Le droit local d'Alsace et de Moselle se situe à mi-chemin des solutions françaises et allemandes (360). L'application des règles du B. G. B. n'est possible que dans le cadre d'un livre foncier. Or en 1900, pareille institution n'existait en droit local qu'à l'état d'embryon. Le législateur allemand fut donc contraint d'instaurer un système transitoire reposant sur différents types de livres fonciers. L'article 36 de la loi du 1er juin 1924 maintint le système de publicité par livre foncier, mais précisa que l'organisation, la constitution, la transmission et l'extinction des droits réels immobiliers, devaient être régies par les lois civiles françaises. Il en résulte que les inscriptions au livre foncier n'ont plus en droit local

---

(357) § 892 du B.G.B.:"La teneur du livre foncier est réputée exacte à l'égard du tiers qui a acquis un droit sur un immeuble ou sur un droit grevant un droit réel immobilier, sauf si une contestation de l'exactitude a été enregistrée ou si le tiers connaissait cette inexactitude...".

(358) STAUDINGER, op. cit., § 892, 1 et s.- SOERGEL, op.cit., § 892, 1.- WIEGAND, "Der öffentliche Glaube des Grundbuchs", JuS.1975,204.

(359) § 891 du B.G.B.:"Lorsqu'un droit est inscrit au livre foncier au profit d'une personne, il est présumé que ce droit lui appartient. Lorsqu'un droit inscrit au livre foncier est radié, il est présumé que ce droit n'existe pas".

(360) V. notamment : MOREL, le Régime foncier d'Alsace et de Lorraine, 1922-LOTZ, Les particularités du régime foncier des départements du Rhin et de la Moselle, Paris, 1973.

une force probante absolue à l'égard des tiers, à l'image de celle que consacre le § 892 du B. G. B. . Cependant, elles bénéficient de la présomption simple d'exactitude dans les mêmes termes qu'en droit allemand. Dans cette mesure, l'inscription au livre foncier vaut titre ; celui qui en bénéficie est présumé être le titulaire du droit correspondant et c'est à son adversaire de rapporter la preuve contraire. Les effets de l'inscription sont, quant à eux, soumis au droit français et s'apparentent à ceux de la publication à la conservation des hypothèques.

De ce qui vient d'être constaté, il apparaît clairement qu'en matière d'usucapion immobilière, les intérêts du droit français et du droit allemand sont profondément divergents (§ 1). Cela ne rend pas impossible toute comparaison, bien au contraire. Alors qu'en principe, la prescription acquisitive n'a plus de sens dans un pays de livre foncier, le B. G. B. lui réserve une place qui, bien que restreinte, n'en est que d'autant plus significative. Et si les conditions de l'usucapion ne peuvent qu'être fonction des données propres à chacun des deux droits (§ 2) , les effets sont très largements similaires (§ 3).

§ 1 : Opportunité d'une prescription acquisitive.

412. - Dans le système mis en place par le droit allemand, l'intérêt d'une prescription acquisitive n'apparaît pas d'emblée. Bien plus, les mécanismes de la prescription heurtent de front les raisons qui sont les fondements mêmes d'une institution telle que le livre foncier. Ce dernier ne se justifie que dans la mesure où il assure une totale sécurité des transactions immobilières. En principe il n'y a donc pas de place pour un mécanisme qui ne repose que sur un état de fait et qui vient bouleverser l'ordre des choses. Le plus étonnant est donc que le B. G. B. ait réservé une place non négligeable à l'usucapion immobilière (A). En droit français l'existence d'une prescription acquisitive est loin d'être un sujet d'étonnement. Elle répond au contraire à une véritable nécessité dont témoigne l'importance du rôle qui lui est dévolu (B).

A) Livre foncier et prescription acquisitive.

413. - Il est certain qu'en droit allemand l'existence d'un livre foncier restreint les possibilités et les intérêts d'une prescription acquisitive. Certes, en règle générale, le droit est simplement présumé appartenir à celui qui est inscrit (361). Mais le tiers qui traite avec celui qui, au regard du livre foncier, est le véritable titulaire du droit, est assuré de ne jamais voir ses acquisitions remises en cause (362). C'est là sans doute l'aspect le plus important de tous ces mécanismes. Même si celui qui est inscrit n'a jamais été propriétaire ou ne l'est plus, le tiers peut se fier aveuglément aux mentions du livre foncier.

Il est donc un domaine où la prescription acquisitive est dénuée de tout intérêt en droit allemand, alors que ce domaine constitue l'une de ses raisons d'être en droit français : il s'agit du cas d'acquisition "a non domino". Lorsqu'un acquéreur traite avec celui que le livre foncier désigne comme étant le propriétaire de l'immeuble, point n'est besoin de recourir aux mécanismes de l'usucapion. Le § 892 du B. G. B. protège le tiers contre tout défaut de propriété de la part de l'aliénateur, pour peu que ce tiers soit de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ignore l'inexactitude des mentions du livre foncier. Cette règle, fondamentale en droit allemand, a le mérite d'être beaucoup plus radicale que les solutions françaises : elle réalise une acquisition immédiate de la propriété immobilière. Il est vrai que c'est sur elle que repose toute l'efficacité du système allemand et que sans elle l'institution du livre foncier perdrait sa raison d'être. Curieusement, les solutions du B. G. B. ne sont pas sans rappeler celles de l'article 2279 du Code civil. Mais ici il ne faut pas oublier que le tiers doit justifier d'un juste titre dans la mesure où il a dû traiter avec le propriétaire inscrit, selon les règles du droit commun.

414. - Le B. G. B. fait plus que protéger la situation des tiers. Comme il peut se faire que celui qui est inscrit n'a en réalité aucun droit, la loi va remédier à cette distorsion en recourant préci-

(361) Cf. supra, n° 411.

(362) Cf. supra, n° 411.

sément aux règles de l'usucapion afin de faire coïncider la réalité juridique et les mentions du livre foncier. C'est là le but du § 900 du B. G. B. : "Celui qui est inscrit au livre foncier comme propriétaire d'un immeuble sans en avoir acquis la propriété, l'acquiert lorsque l'inscription a subsisté pendant trente ans et lorsqu'il a possédé cet immeuble à titre de propriétaire pendant cette même période. Ce délai de trente ans est calculé de la même manière que pour la prescription acquisitive mobilière. Le cours en est suspendu aussi longtemps qu'est inscrite au livre foncier une contestation relative à l'exactitude de l'inscription" (363). Certes, pareille disposition est une exception au sein du système allemand. Mais en réalité, c'est une exception qui confirme les mécanismes du livre foncier, puisqu'elle suppose non seulement une possession de l'immeuble, mais aussi, et surtout, une inscription au livre foncier pendant trente ans (364). Et les expressions dont use à ce propos la doctrine sont particulièrement significatives : en parlant du § 900 pour affirmer qu'il édicte une "Grundbuchersitzung" -usucapion par le livre foncier- ou une "Tabularersitzung" -usucapion tabulaire (365)- les auteurs expriment bien le lien qui unit deux mécanismes a priori inconciliables. C'est dire que le § 900 fait figure d'exception confirmant la règle et qu'il s'insère d'une manière totalement cohérente dans l'ensemble du système du livre foncier.

415. - En revanche, une autre disposition du B. G. B. est beaucoup plus surprenante. Autant l'on comprend que dans l'esprit du législateur allemand il soit concevable d'accorder la propriété à celui

---

(363) L'alinéa 2 du § 900 précise : "Ces dispositions sont applicables par analogie lorsqu'une personne est inscrite au livre foncier pour un droit qui ne lui appartient pas et qui lui donne le droit de posséder l'immeuble ou dont l'exercice est protégé par les actions possessoires. Le rang de ce droit est déterminé par son inscription".

(364) HECK, op. cit., § 45,I-Le § 900 profite ainsi au véritable propriétaire en lui fournissant un mode de preuve de son droit qui le dispense de remonter la chaine des transmissions successives.

(365) Allusion aux tableaux que forment les feuilles du livre foncier.

que le livre foncier désigne comme propriétaire pendant trente ans, autant il aurait dû être impossible à un non propriétaire de prescrire contre le propriétaire inscrit. C'est pourtant ce qui ressort du § 927 du B. G. B. :

"Lorsque depuis trente ans un immeuble est possédé par autrui à titre de propriétaire, le propriétaire de cet immeuble peut être déclaré forclos de son droit par voie de sommation publique. La durée de la possession est calculée de la même manière qu'en matière mobilière. Lorsque le propriétaire est inscrit au livre foncier, la procédure de sommation n'est recevable que si ce propriétaire est, soit décédé, soit disparu, et qu'aucune inscription exigeant son consentement n'a été faite au livre foncier depuis trente ans.

Celui qui a obtenu le jugement de forclusion, devient propriétaire par le fait de son inscription au livre foncier.

Lorsque , avant que le jugement de forclusion soit prononcé, le livre foncier a reçu, soit l'inscription d'un tiers à titre de propriétaire, soit l'inscription d'une contestation de l'exactitude du livre foncier de la part d'un tiers propriétaire, le jugement est inopposable à ce tiers".

Même si, en raison de la multiplicité et de la rigueur de ses conditions, ce texte ne s'appliquera que rarement, force est de reconnaître qu'il constitue une importante brèche dans les règles édifiées à partir du livre foncier. Les différents effets attachés au livre foncier, le fait qu'il constitue aussi bien une condition nécessaire au transfert de la propriété immobilière, qu'un mode de publicité de celle-ci, toutes ces raisons auraient dû conduire à ne jamais prendre en considération la seule possession.

Pareille attitude, il est vrai, aurait pu aboutir à de véritables impasses, notamment en cas de décès ou de disparition du propriétaire inscrit. Et l'on peut penser que c'est essentiellement pour résoudre ces difficultés marginales que le droit allemand a réintroduit la possibilité d'une usucapion immobilière. Celle-ci n'a donc pas entièrement disparu du droit allemand, même si en définitive son utilité est moindre.

B) Les intérêts d'une prescription acquisitive en droit français.

416. - En droit français, la nécessité d'une prescription acquisitive s'impose d'elle-même : la distorsion entre le droit et le fait risque d'être plus fréquente qu'en matière mobilière et, bien entendu, le système de la publicité foncière n'est en rien comparable à celui du livre foncier (366).

Cela explique que l'usucapion ait tout d'abord été considérée comme un mode de preuve de la propriété immobilière. En principe, celui qui veut établir son droit doit prouver qu'il l'a acquis de son véritable titulaire, ce qui revient à exiger la preuve de la régularité de toutes les transmissions effectuées depuis l'acquisition originaire. Il s'agit là de ce que l'on a coutume d'appeler la "probatio diabolica", preuve diabolique en vérité, puisqu'elle se renouvellera sans cesse. En outre l'acquéreur risque de voir venir à tout moment un tiers lui prouver qu'une des aliénations antérieures a été annulée ou résolue, ce qui ruinerait son propre droit. C'est alors que s'impose le recours au mécanisme de l'usucapion ; celle-ci n'est donc pas nécessairement un moyen de priver un propriétaire de son droit. Au contraire, grâce à l'usucapion, le propriétaire peut se contenter d'établir que l'immeuble a été possédé pendant le temps voulu ; cette possession consolidera son droit en lui fournissant un moyen de le prouver. On présume, en quelque sorte, que les situations de fait contraires au droit sont peu susceptibles de se prolonger pendant un certain temps et que si tel est le cas, c'est que le plus souvent le fait coïncide avec le droit (367).

417. - C'est une toute autre circonstance qui se présente lorsque le possesseur tient l'immeuble d'un non-propriétaire. A l'image de ce qui se passe en matière mobilière, la possession devient un

---

(366) Cf. supra, n° 411.

(367) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 688.-MARTY-RAYNAUD,op.cit.,n°184-WEILL,op.cit.,n° 442-CARBONNIER,op.cit.,n° 65, p. 232.

mode d'acquisition de la propriété. L'acquéreur "a non domino" devient propriétaire, dépouillant de son droit celui qui l'était juridiquement. Cette solution peut paraître injuste, puisque la réalité de la distorsion entre le droit et le fait est incontestable. Mais précisément l'un des mérites de l'usucapion est de mettre un terme à ce désaccord qui ne saurait se prolonger sans inconvénients majeurs. Il reste que cette solution semble injuste : cependant elle peut, comme toutes les prescriptions, se justifier autant par la nécessité d'assurer une certaine sécurité du commerce juridique que par le désir de favoriser celui qui s'occupe effectivement du bien.

418. - Des deux fonctions de l'usucapion immobilière, la plus importante est incontestablement la première : en l'absence d'un livre foncier organisant la preuve et le transfert de la propriété, la possession est en premier lieu, et surtout, utile au propriétaire lui-même. Ainsi, pour l'établissement de "l'origine de la propriété" d'un immeuble, il suffit de remonter, en principe, trente années pour être certain des droits de l'aliénateur et donc pour assurer la protection de l'acquéreur. Intervenant ainsi comme mode de preuve, l'usucapion n'est pas loin de constituer une présomption légale (368). De leur côté, les cas d'acquisition "a non domino" sont aujourd'hui moins fréquents. Le plus souvent, ils ont trait à des erreurs sur la contenance d'un fonds aliéné ou à des empiètements par un voisin sur le fonds d'autrui. L'usucapion fait alors figure "de procédé de délimitation et de pacification des frontières" (369).

§ 2 : Conditions de la prescription acquisitive.

419. - Même si les deux législations connaissent chacune à leur manière une prescription acquisitive immobilière, les conditions qu'elles exigent sont par trop différentes pour ne pas justifier une étude séparée. Cependant il paraît possible de distinguer, d'un côté,

(368) Comp. l'article 1350- 2° du Code civil.
(369) CARBONNIER, op. cit., n° 64, p. 231.

les règles qui forment en quelque sorte la prescription de droit commun (A), et de l'autre, celles qui sont propres à l'usucapion abrégée du droit français (B).

A) La prescription trentenaire.

1° Le système allemand.

420. - La première forme que peut revêtir l'usucapion en droit allemand est donc celle d'une prescription en faveur de celui qui est inscrit au livre foncier (370). En fait le § 900 du B. G. B. suppose la réunion de deux conditions. L'inscription doit tout d'abord se poursuivre pendant trente ans en faveur de celui qui veut usucaper ; elle doit désigner l'individu comme étant effectivement le titulaire du droit qu'il invoquera par la suite. Cela peut être le droit de propriété, mais l'alinéa 2 étend la règle à tous les droits qui permettent une possession du bien et qui sont protégés par les actions possessoires. Bénéficient donc de la prescription, les usufruitiers, ceux qui ont un droit d'habitation et les titulaires d'une servitude (371). Le délai trentenaire est, selon la lettre même du § 900, calculé comme en matière mobilière (372). Tout au plus peut-on noter que le § 900 prend soin de prévoir une cause de suspension qui lui est propre : l'on comprend que le délai de prescription ne puisse continuer à courir à partir du moment où l'exactitude des mentions fait l'objet d'une contestation, elle-même consignée au livre foncier.

Celui qui entend bénéficier du § 900 doit, en outre, exercer la possession conformément au droit dont il est titulaire d'après les mentions du livre foncier. La possession sera donc fonction de la nature du droit possédé. Ainsi, en matière de servitudes, la doctrine, s'inspirant du § 1029 du B. G. B., exige des actes de maîtrise qui ne soient pas

(370) Cf. supra, n° 414.

(371) STAUDINGER, op. cit., § 900, 4.

(372) Supra, n° 411, note 363.

pas séparés par un délai de plus d'un an (373).

Aucune autre condition n'est exigée de la part du possesseur. Point n'est besoin notamment qu'il ait un titre ou qu'il soit de bonne foi. Cependant, l'inscription au livre foncier doit avoir été faite régulièrement. Le § 900 ne couvre que le défaut de propriété du possesseur, mais non un vice quelconque qui frapperait l'inscription elle-même (374). Le fait de ne pas exiger la bonne foi est en soi tout à fait caractéristique du mécanisme instauré par le § 900. Il s'agit avant tout de faire coïncider la régularité formelle de l'inscription avec la réalité juridique. Il est ainsi mis fin à la distorsion entre le droit et le fait, le fait étant en l'occurrence, non pas seulement la possession, mais les mentions du livre foncier.

421. - Dans le cadre du § 927 du B. G. B., la situation est sensiblement différente (375). Il ne s'agit pas de conforter les mentions du livre foncier, mais bien au contraire, d'aller à leur encontre (376). Celui qui possède un immeuble pendant trente ans, va finir par en évincer le véritable propriétaire, que ce dernier soit ou non inscrit. Ce mode d'acquisition de la propriété immobilière consacre une règle totalement en porte à faux par rapport à l'ensemble des solutions du droit allemand.

La première condition d'application du § 927 nécessite pour être satisfaite une possession animo domini. Comme dans le cadre du § 900, cette possession doit avoir duré trente ans ; son calcul se fait également par référence aux règles de l'usucapion mobilière.

---

(373) STAUDINGER, op. cit., § 900,4-WOLFF-RAISER,op.cit.,§ 49,I-Contra: R. G. R.-Komm., op.cit.,§ 900,7 qui estime que cette disposition ne concerne que la protection possessoire.

(374) STAUDINGER, op. cit., § 900, 2.

(375) Supra, n° 415.

(376) STAUDINGER, op. cit., § 927, 1 et s.-SOERGEL, op.cit.,§ 927, 1 ets..

La seconde étape imposée par le § 927 se traduit par une procédure de forclusion dirigée, par voie de sommation publique, contre l'ancien propriétaire. La nécessité d'une telle sommation s'explique aisément, compte tenu des circonstances dans lesquelles intervient le § 927 et de l'importante dérogation aux règles du droit commun ainsi réalisée. Lorsque le véritable propriétaire n'est pas inscrit au livre foncier, ce qui n'arrivera que rarement, la sommation a pour but de l'avertir des risques que son inaction fait peser sur son droit de propriété (377). En revanche, la loi se montre beaucoup plus exigeante lorsque le possesseur est inscrit. En pareille circonstance, la sommation n'est recevable que s'il est, soit décédé, soit disparu, et qu'aucune transcription exigeant son consentement n'a été faite depuis trente ans. A la possession trentenaire doit donc correspondre un "silence" de même durée de la part du propriétaire, ou plus exactement une absence de transcription qui, si elle existait, manifesterait l'intérêt qu'il porte à son bien. Enfin, le jugement de forclusion est inopposable au tiers qui, au préalable, aurait été inscrit comme propriétaire ou qui en qualité de propriétaire aurait contesté l'exactitude du livre foncier (378).

---

(377) Le § 927 du B. G. B. ne vise que le droit de propriété et non l'ensemble des droits qui peuvent être inscrits au livre foncier.

(378) En droit local, la sommation publique a été supprimée, ce qui n'est pas sans susciter des difficultés certaines. Comment transcrire dès lors les acquisitions dues à la prescription acquisitive ? Une solution aurait pu consister à recourir à l'article 3 du décret du 4 janvier 1955. La Cour de Colmar a préféré se contenter d'une simple requête, fondée sur un acte notarié déclaratif de la prescription acquisitive-Colmar, 30 décembre 1967, Rev.Jur.Est, 1968, p. 9-De toutes manières, les deux solutions sont contraires à l'article 64 de la loi du 1er juin 1924 qui exige pour la radiation d'un droit, soit une mainlevée volontaire de la part du titulaire de ce droit, soit une décision contre lui. Cf. LOTZ, Jur.Cl. civil, Annexe IV, Fasc. 18, n° 53 et s.

Le jugement de forclusion est impuissant à lui seul à transmettre la propriété. Son seul effet est de rendre le bien vacant. C'est seulement dans cette mesure que l'on peut affirmer que l'usucapion ne peut aller à l'encontre des inscriptions du livre foncier ; les effets de la possession n'interviennent que si ces mentions sont annulées par le jugement de forclusion (379). Le transfert de la propriété se fera donc par l'inscription du nouveau propriétaire.

422. - Les conditions ainsi fixées, tant dans le cadre du § 900 que dans celui du § 927, sont donc essentiellement fonction des circonstances particulières dans lesquelles ces deux textes sont appelées à intervenir. Du point de vue du droit français, seules d'eux d'entre elles retiennent l'attention : la nécessité d'une possession "animo domini", d'une part, et l'exigence d'un délai de trente ans, d'autre part. Ces deux exigences se retrouvent dans le Code civil, encore qu' elles n'y aient pas la même signification.

2°) Les modalités du droit français.

423. - Comme en droit allemand, c'est la prescription trentenaire qui fait figure de prescription de droit commun. Elle est appelée à jouer avant tout lorsqu'est mise en oeuvre la fonction probatoire de l'usucapion (380).

Elle suppose donc en premier lieu la possession du droit ou du bien que l'on veut acquérir. D'une manière générale, seuls les droits réels principaux peuvent s'acquérir par usucapion : rien de plus normal aux yeux du droit français, la possession étant moins une possession d'un bien que celle d'un droit sur ce bien (381). Cependant, la circonstance qui fait qu'un droit est partagé entre plusieurs cotitulaires,

(379) HECK, op.cit., § 45,7-Comp.CARBONNIER,op.cit.,n° 64, p. 230.
(380) Cf. supra, n° 416.
(381) Cf. supra, n° 34.

n'empêche pas l'un d'entre eux de prescrire pour le tout, à condition d'avoir une possession concordante. Tel sera le cas d'un coindivisaire qui acquerra la totalité d'un immeuble si sa possession s'exerce pour le tout (382). A l'inverse, il suffit d'une possession promiscue, impliquant une contradiction à l'exclusivité des droits du propriétaire initial, pour qu'un droit de copropriété puisse être acquis au moyen de l'usucapion (383).

En principe, tous les biens corporels susceptibles de faire l'objet d'une possession peuvent être usucapés (384). Il n'est donc guère étonnant que l'article 2226 écarte les biens du domaine public (385). On sait qu'à leur égard, l'imprescriptibilité est la conséquence inévitable de l'inaliénabilité et que si la possession de tels biens a été refusée, c'est précisément parce qu'elle ne pouvait conduire à la propriété (386). En revanche, les personnes de droit public peuvent usucaper au même titre que les simples particuliers (387).

424. - Selon la terminologie classique, la possession ainsi exigée doit être "utile" ; pour l'essentiel, cela revient à dire que la possession doit se faire animo domini, et que, par conséquent, la

(382) Civ. 1°, 17 octobre 1966, Bull. civ. I, n° 470, p. 357-Civ. 3°, 6 juin 1974, Bull. civ. III, n° 235, p. 179.

(383) T. civ. Tarbes 21 mars 1933, G. P. 1933, 2, 48.

(384) Cf. supra, n° 44 et s.

(385) "On ne peut prescrire le domaine des choses qui ne sont point dans le commerce".

(386) Cf. supra, n° 44 - En revanche est susceptible d'usucapion, une bande de terrain qui n'a pas été incorporée au domaine public communal : Civ. 3°, 2 octobre 1975, J. C. P. 1975, IV, 338.

(387) Article 2227 du Code civil - Civ. 13 juin 1903, S. 1904.1.118. Req. 26 décembre 1910, S. 1912.1.214 - Civ. 18 novembre 1913, S. 1914, 1, 368.

détention précaire ne saurait conduire à la propriété. Tirant les conséquences de cette situation, c'est par deux fois, dans les articles 2236 et 2240 que le Code civil énonce l'impossibilité faite au détenteur précaire de prescrire contre son titre, et ce par quelque laps de temps que ce soit (388). Cependant, ces dispositions peuvent paraître en contradiction avec l'article 2228, autorisant le détenteur à intervertir son titre. Si une telle interversion se produit, rien ne devrait empêcher son auteur d'invoquer la prescription trentenaire. De même, l'article 2240 est inapplicable à celui qui possède un bien auquel son titre ne lui donne pas droit. Ainsi un titre de partage n'interdit pas l'usucapion de biens compris dans ce partage, par d'autres que ceux auxquels ils ont été attribués (389). Il reste que l'on ne saurait nier l'importance de ces solutions au regard du droit français. C'est toute la notion de possession propre au Code civil qui est en réalité issue de cette règle. Dans la mesure où le droit français ne conçoit la possession qu'à l'image des droits réels et qu'à ses yeux elle doit avant tout conduire à la propriété, l'exclusion de la détention s'imposait d'elle-même (390). En réalité, le Code civil n'a jamais fait que raisonner à partir des conditions requises pour la prescription acquisitive, et c'est bien ce qui rend sa notion de possession totalement inconciliable avec celle du droit allemand.

L'exigence d'une possession animo domini provoque un contentieux particulièrement abondant lorsqu'il s'agit de séparer le véritable corpus des actes de simple tolérance ou de pure faculté. On sait qu'aux termes de l'article 2232 du Code civil, ces actes ne peuvent fonder, ni possession, ni prescription ; mais il faut bien reconnaître qu'il est parfois délicat d'en discerner les contours et les caractéristiques (391). Bien souvent derrière la servitude qu'invoque le défendeur se cache un acte de simple tolérance, impropre à lui faire ac-

(388) Req. 25 janvier 1938, G.P. 1938.1.575- Civ. 3°, 6 mars 1974, D. 1974, S., p. 63-Comp. PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 692, note 2 - Cf. supra, n° 133 et 403.

(389) Civ. 3°, 2 décembre 1975, D. 1976, I. R., 50.

(390) Cf. supra, n° 12 et s. ; n° 116 et s.

(391) Cf. supra, n° 87.

quérir un droit quelconque (392). Ces difficultés d'interprétation ont au moins le mérite de permettre à la Cour de cassation d'affirmer la souveraineté des juges du fond en ce domaine (393).

Exiger de la possession qu'elle soit utile, cela signifie également qu'elle doive être exempte de vices. S'agissant d'une possession immobilière, la clandestinité y sera beaucoup moins fréquente qu'en matière mobilière. En revanche, les cas d'équivoque sont fréquents : c'est ainsi que la Cour de cassation approuve les juges du fond d'avoir relevé que le demandeur "ne s'est pas comporté comme l'aurait fait un propriétaire, s'abstenant d'assurer l'immeuble contre l'incendie et d'y faire des réparations" et que de la sorte, "il n'a

---

(392) Civ. 7 mai 1873 D.P. 1874.1.88-Riom 3 décembre 1844, Grenoble 26 août 1846 ; Req. 17 novembre 1919 précités, n° 87, note 25. "Les actes de simple tolérance constituent le manteau juridique de la courtoisie et de la gentillesse. Il est heureux que les tribunaux veillent à ce que la sympathie ne soit pas créatrice de droit ; c'est la manière de la protéger", BREDIN, Rev. trim. dr. civ. 1972, 423, à propos de Civ. 1°, 13 novembre 1970, J.C.P. 1972.II.17077, note GHESTIN. Dans cette espèce deux voisins se disputaient une cour. En l'absence de toute précision émanant des titres, la Cour d'appel estima que l'un d'eux avait acquis le terrain par usucapion. L'auteur du pourvoi invoqua alors, pour prouver le caractère équivoque de la possession de son adversaire, un droit de passage. Le pourvoi fut rejeté, d'une part, parce que la Cour de cassation ne pouvait revenir sur l'appréciation souveraine des juges du fond, d'autre part, parce que le droit de passage invoqué ne contredisait pas la possession de l'autre voisin, mais s'expliquait par une simple tolérance de sa part.

(393) V. notamment : 29 octobre 1899, D.P. 1900.1.253-Civ. 1°, 13 février 1968, Bull. civ. I, n° 60, p. 47-Civ. 3°, 3 janvier 1969, Bull. civ. III, n° 7, p. 6-Civ. 3°, 15 février 1972, Bull.civ.III, n° 101,p.74 -Civ. 3°, 30 avril 1974, J.C.P. 1975, II, 17994,note OURLIAC.

pas accompli d'actes impliquant de sa part une prétention sur la propriété de la chose et que son comportement peut s'expliquer par une convention d'occupation précaire entre personnes de la même famille" (394). Enfin, il est particulièrement important au regard de l'usucapion que la possession se fasse sans discontinuité, mais l'on se souvient que la possession immobilière peut se continuer "solo animo" (395).

425. - Normalement, ainsi que l'indique l'article 2262 du Code civil, l'usucapion requiert une possession trentenaire. Seul le possesseur de bonne foi qui peut en outre invoquer un juste titre, bénéficie d'un délai abrégé (396). Mais quelle que soit la durée de la possession, les règles de computation sont identiques, ainsi que les causes qui en interrompent ou en suspendent le cours.

Le délai de prescription se calcule en jours ; il débute donc le lendemain de la prise de possession, ce que traduit le brocard latin, "Dies a quo non computatur in termino" (397). La prescription des droits affectés d'une modalité suspensive ou résolutoire suscite quelques doutes. La jurisprudence, interprétant extensivement et par analogie l'article 2257 alinéa 1 du Code civil, estime qu'il n'est pas possible de prescrire contre un droit simplement conditionnel ou résolutoire : "l'article 2257 s'applique à la prescription en général (et) il comprend parmi les causes de suspension de la pres-

---

(394) Civ. 3°, 7 mars 1972, Bull.civ. III, n° 159, p. 115.-Cf. également : Req. 8 novembre 1926, S. 1927, S. 1927.1.68.-Civ. 8 janvier 1945, D. 1946, p. 131. Civ. 3°, 12 décembre 1972, Bull. civ. III, n° 677, p. 500.

(395) Cf. supra, n° 211.

(396) Cf. infra, n° 432.

(397) Civ. 3 mai 1854, S. 1854.1.479.

cription, la condition établie par la loi, aussi bien que celle qui est écrite dans le contrat" (398). Ainsi la prescription d'un immeuble vendu sous condition suspensive ne débute-t-elle qu'au jour de la réalisation de cette condition (399). Ces solutions ne font guère l'unanimité en doctrine. Nombre d'auteurs font remarquer que l'usucapion suppose un fait matériel, la possession, et qu'elle doit donc commencer à courir dès la prise de possession. D'autre part, le recours à l'article 2257 du Code civil paraît discutable ; cette disposition ne s'attache qu'aux créances conditionnelles et constitue une cause de suspension qui, comme telle, doit être interprétée restrictivement (400). Mais en réalité on peut soutenir, comme le font les tribunaux, que la prescription acquisitive n'est pas uniquement fondée sur la possession; elle est également une sanction de l'inaction du véritable propriétaire. Or la personne contrelaquelle le possesseur prescrit est sans action contre lui, tant que son droit n'est que conditionnel. Son inaction est donc totalement excusable. Dans cette mesure, son droit n'est pas "ouvert" et, par conséquent, il n'est pas "prescriptible "(401). Dans le même ordre d'idée, l'on admet que ce n'est qu'à l'ouverture de la succession qu'un tiers détenteur d'un immeuble peut commencer à prescrire, alors même qu'il est menacé d'une action en réduction (402).

426. - Toute prescription peut voir son cours interrompu et l'usucapion ne fait pas exception à cette règle. L'interruption a un effet radical ; elle détruit la continuité de la possession, en même temps qu'elle témoigne le plus souvent de l'intérêt que le véritable propriétaire manifeste pour son bien. En annulant le temps de possession déjà écoulé, elle ne permet que de recommencer une nouvelle pres-

(398) Civ. 28 janvier 1862, S. 1862.1.236.

(399) Pau 22 novembre 1855, S. 1857.2.286-V. également : Civ. 9 juillet 1879, D. P. 1879.1.343-Civ. 26 octobre 1915, S. 1920.1.6-Req. 16 avril 1957, S. 1958.1.397-Civ. 3e, 25 octobre 1968, Bull.civ.III, n° 417, p. 317.

(400) GAUDIN DE LAGRANGE et RADOUANT, Encycl.Dalloz, Rep.civ.,2e éd., v°. Prescription, n° 116.

(401) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 696.

(402) Civ. 2 août 1877, S. 1878.1.145, note LABBE et sur renvoi Montpellier, 10 janvier 1878.2.43, note LABBE.

cription. Les causes d'interruption sont multiples, et il est classique de distinguer celles qui résultent de la perte de la possession et celles qui ont pour origine un acte juridique.

Les premières, qualifiées d'interruption naturelle, supposent que la possession défaille. Cela peut tout d'abord se produire dans les circonstances expressément prévues par l'article 2243 du Code civil : "il y a interruption naturelle lorsque le possesseur est privé pendant plus an, de la jouissance de la chose, soit par l'ancien propriétaire, soit même par un tiers". Ainsi toute perte de la possession entraîne-t-elle l'interruption de la prescription. Cependant cette interruption n'est pas immédiatement consécutive à la dépossession. Il faut concilier l'article 2243 et l'article 23 du Code de procédure civile. Le possesseur dépouillé a, en effet, un délai d'un an pour intenter une action possessoire. Si cette action lui permet de recouvrer le bien, la possession est censée n'avoir jamais été interrompue (403). L'interruption naturelle ne suppose pas nécessairement une dépossession faite contre la volonté du possesseur. Elle peut également se réaliser par un abandon volontaire de la possession. Il suffit d'ailleurs que le possesseur renonce à posséder "animo domini", pour que l'abandon soit concrétisé. Point n'est donc besoin d'une perte du corpus, encore moins d'une remise du bien à un tiers. L'abandon de la possession produit son effet interruptif immédiatement, aussi courte qu'ait été sa durée (404). De surcroît, cet effet est absolu : la prescription est interrompue à l'égard de quiconque.

L'interruption civile a son origine dans un acte juridique. Elle résulte, soit des poursuites exercées contre le possesseur, soit de la reconnaissance par ce dernier du droit de celui contre qui il prescrit. La première hypothèse requiert l'intervention du propriétaire : en attaquant en justice le possesseur, il témoigne de l'intérêt qu'il porte à l'immeuble et de sa volonté d'empêcher l'usucapion. Parmi les actes énumérés par l'article 2244 du Code civil, seule la cita-

---

(403) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 723-MARTY-RAYNAUD, op.cit., n° 191.
(404) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 723.

tion en justice a un effet interruptif. Certes, le défendeur demeure en possession du bien, mais la citation empêche le délai de prescription de s'achever au cours de l'instance (405). Cependant toute citation en justice ne produit pas nécessairement un effet interruptif, et c'est aux tribunaux qu'est revenue l'obligation de préciser un certain nombre de points. C'est ainsi que la citation en référé n'interrompt pas le cours de la prescription. Elle n'a pas pour objet le fond du droit, mais se limite au contraire à l'obtention de mesures provisoires (406). Il est vrai que la Cour de cassation paraît avoir réservé le cas où la demande contiendrait des conclusions au fond et pourrait alors s'analyser en une citation faite devant un juge incompétent (407). L'intérêt de ce raisonnement apparaît quand l'on sait que la demande introduite devant un tribunal incompétent interrompt néanmoins la prescription (408). En revanche, l'effet interruptif ne se produit pas si la demande vient à être rejetée (409). D'autres circonstances particulières peuvent également contribuer à sauvegarder le délai de prescription : tel sera le cas si la citation se révèle être nulle (410), si le demandeur se désiste, à condition qu'il s'agisse d'un désistement au fond et non d'un désistement d'ins-

---

(405) Civ. 2 mars 1908, S. 1910, 1, 368.

(406) Civ. 5 juin 1883, S. 1884.1.49, note LABBE- Poitiers, 10 juillet 1903, S. 1906.II.68.

(407) Civ. 5 juin 1883, précité note 406, sol. implicite.

(408) Article 2246 du Code civil - Req. 9 mai 1838, S. 1838.1.861.

(409) Civ. 8 novembre 1877, S. 1877.1.147 - Civ. 16 février 1954, G. P. 1954.1.260 ; Rev.trim.dr.civ. 1954, 504, obs. MAZEAUD.

(410) Req. 5 mai 1879, S. 1879.1.313-Amiens, 28 janvier 1975, D. 1976, J, 87, note SAVATIER.

tance (411) ou encore si le demandeur laisse périmer l'instance (412). Si la demande en justice est accueillie, le propriétaire récupère son immeuble. Si au contraire elle échoue, point n'est besoin d'une nouvelle prescription ; l'interruption se trouve purement et simplement anéantie (413). De toute manière, le possesseur pourra invoquer l'autorité de la chose jugée pour établir par la suite que le demandeur est sans droit sur l'immeuble qu'il revendique. En revanche, l'action d'un tiers reste possible, mais à son égard la prescription aura pu continuer à s'accomplir entre temps, puisque l'interruption civile n'a qu'un effet relatif et ne profite donc qu'à celui dont elle émane (414).

En dehors de toutes poursuites judiciaires, l'interruption civile peut avoir pour origine la reconnaissance par le possesseur du droit de celui contre qui il prescrit (415). Pareille démarche équivaut de sa part à renoncer à l'acquisition de ce droit (416). Le

---

(411) Req. 21 juillet 1903, S. 1907.1.227 qui précise que "le désistement ne permet de considérer la demande comme non avenue, dans le sens de l'article 2247, que lorsqu'il porte sur le fond même du droit, ou lorsqu'il est pur et simple ; que quand, comme dans l'espèce le désistement ne se réfère qu'à l'instance et énonce en termes exprès que l'action sera reprise devant une autre juridiction, il maintient comme l'aurait fait le jugement lui-même, l'effet interruptif que l'article 2246 attache à la citation donnée devant un juge incompétent".

(412) Civ. 19 avril 1831, S. 1831.1.162-Sur tous ces points cf. GAUDIN DE LAGRANGE et RADOUANT, op. cit. (n° 425, note 400), n° 165 à 189.

(413) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 732.

(414) WEILL, op. cit., n° 453.

(415) V. par exemple ; Civ. 1°, 30 novembre 1966, J.C.P. 1967.II.14941 note J. A. ; Rev. trim. dr. civ. 1967, 413, obs. BREDIN.

(416) Civ. 18 juin 1957, D. 1957, S., p. 130.

renonçant doit donc avoir la capacité de disposer du droit auquel il renonce. Pour le reste, la renonciation n'est soumise à aucune forme spéciale ; elle peut être aussi bien expresse que tacite, judiciaire qu'extra-judiciaire (417). Le plus souvent, elle consistera de la part du possesseur, soit à reconnaître la précarité de sa détention, soit à avouer purement et simplement qu'il a usurpé l'immeuble (418). Comme toute interruption, la reconnaissance interrompt le délai écoulé, mais la prescription peut recommencer à courir aussitôt après. Cependant si elle a eu pour effet de placer son auteur en état de précarité, l'on sait que l'article 2236 fait en principe obstacle à toute prescription acquisitive (419). De même, la reconnaissance a pu rendre le possesseur de mauvaise foi et nécessiter par la suite une prescription trentenaire.

427. - Si l'acte interruptif a pour effet de rendre inutile le temps de possession écoulé avant qu'il ne survienne, la suspension n'entraîne, quant à elle, qu'un arrêt momentané dans le cours de la prescription. Lorsque cette dernière recommence à courir, le délai antérieur demeure acquis (420). Les causes de suspension sont de deux ordres : les premières ont été expressément prévues par loi, alors que les secondes sont dues à l'initiative des tribunaux.

Le cas de suspension le plus important est prévu à l'article 2252 du Code civil : " la prescription ne court pas contre les mineurs non émancipés et les majeurs en tutelle, sauf ce qui est dit à l'article 2278 et à l'exception des autres cas déterminés par la loi". A cette hypothèse se rattache celle prévue à l'article 2253 : "elle (la prescription) ne court point entre époux". Dans ces deux cas, si la prescription est suspendue, c'est qu'il y a lieu de craindre que le véritable titulaire du droit ne soit pas en mesure d'intenter l'action en revendication. Ainsi quand le possesseur est le conjoint du propriétaire, ce dernier peut hésiter moralement à intenter une action en jus-

---

(417) GAUDIN DE LAGRANGE et RADOUANT, , op.cit. (n°425, note400), n° 191 et s.
(418) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 733-WEILL, op. cit., n° 453.
(419) Cf. supra, n° 133, 403 et 424.
(420) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 735.

tice contre l'autre (421). A côté des dispositions du Code civil, des lois spéciales sont parfois intervenues en période troublée, édictant des causes de suspension particulières et momentanées. Mais elles demeurent soumises aux principes généraux applicables en matière de suspension (422).

S'inspirant des principes qui avaient conduit les rédacteurs du Code civil à édicter les règles des articles 2252 et 2253, la jurisprudence a parfois déclaré la prescription suspendue lorsque le propriétaire avait été mis, pour une raison quelconque, dans l'impossibilité d'agir. Ce faisant, elle recourait à la maxime traditionnelle "contra non valentem agere non currit praescriptio". Ainsi les délais sont-ils suspendus en faveur de l'héritier réservataire contre lequel "la prescription ne peut courir que du jour de l'ouverture de la succession de son auteur puisque jusqu'à cette date, il se trouvait sans qualité pour accomplir des actes mêmes conservatoires" (423). Pareille attitude n'est pas sans susciter quelques réserves. Outre que l'article 2251 semble avoir voulu poser un principe général, excluant tout recours à la maxime "contra non valentem...", les solutions jurisprudentielles reviennent à traiter la prescription acquisitive comme une prescription extinctive , négligeant par là même sa fonction

---

(421) Mais la prescription n'est pas suspendue d'une manière générale au profit des femmes mariées ; article 2254 du Code civil.

(422) Ainsi l'ordonnance du 28 août 1946 relative à la suspension des délais n'a-t-elle pas pu avoir pour effet de prolonger le délai de la prescription trentenaire, dès lors que ce délai arrivait à expiration, postérieurement à la date à laquelle les délais impartis par l'ordonnance pour accomplir certains actes avaient cessé d'être suspendus.Civ.3°, 6 juin 1969,Bull.civ.III,n°458,p. 349.

(423) Paris 16 mars 1949, J. C.P. 1949, II, 4960,note BECQUE-Cf. également Req. 28 juin 1870, D.P. 1870.1.309-Civ. 20 janvier 1880, D.P. 1880.1.65.

de preuve et de consolidation de la propriété (424). Il reste que la jurisprudence n'a jamais cessé de se montrer favorable au propriétaire, allant jusqu'à admettre comme cause de suspension, l'ignorance de l'existence du droit qui se trouve en préil (425). Bien établie, cette jurisprudence n'est guère plus discutée aujourd'hui, d'autant que l'intervention de lois spéciales lui a fait perdre l'une de ses principales applications (426).

428. - Si les conditions qui viennent d'être décrites sont effectivement communes aux deux prescriptions, ce sont en premier lieu celles de la prescription de droit commun. Elles offrent à tout possesseur, même de mauvaise foi, la possibilité d'acquérir la propriété d'un immeuble ou d'obtenir un droit réel immobilier. Elles profitent également, et surtout, au véritable propriétaire, en lui permettant de prouver son droit. Ce point de vue permet une certaine comparaison entre les systèmes français et allemand. Deux exigences leur sont communes : en toutes hypothèses, la possession doit durer trente ans et le possesseur doit l'avoir exercée "animo domini". D'une certaine manière, la prescription trentenaire peut se rapprocher de celle du § 900 du B. G. B. . On a pu constater que ce dernier, malgré les apparences, conforte en définitive le mécanisme du livre foncier : en accordant la propriété à tout possesseur inscrit pendant trente ans, il évite de remonter plus avant dans la chaîne des transmissions successives (427). C'est exactement l'un des avantages attachés à l'usucapion trentenaire en droit français : elle consolide le droit du véritable propriétaire en lui fournissant les moyens de l'établir. Un autre point de convergence peut être découvert à propos des causes

---

(424) Cf. note BECQUE précitée, note 423-V. également, CARBONNIER,"La règle contra non valetem agere non currit praescriptio", Rev. crit. 1937, 155.

(425) Civ. 27 mai 1857, D. 1857.1.290-Cf. Bordeaux, 8 novembre 1943, S. 1946.2.29, note SAILLARD.

(426) CARBONNIER, op. cit., nº 63, p. 237.

(427) Cf. supra, nº 414.

d'interruption et de suspension. Bien qu'elles ne soient pas tout à fait similaires et que le droit allemand emprunte les siennes au régime des meubles, elles répondent à des préoccupations communes. Ainsi, au-delà de tout ce qui peut séparer les deux législations dans le domaine de la prescription acquisitive, certains principes communs peuvent être mis en évidence. Ils ne sont pas négligeables, notamment au regard du droit allemand où, malgré le livre foncier, la possession demeure un mode de preuve et un mode d'acquisition de la propriété .

B) L'usucapion abrégée en droit français.

429. - A l'image de ce que réalise l'article 2279 du Code civil, lorsqu'il intervient comme règle de fond, "la prescription abrégée a pour but de couvrir à l'égard du véritable propriétaire, le vice résultant du défaut de propriété chez celui de qui le possesseur tient son droit" (428). Mais l'article 2265 du Code civil, qui institue une telle prescription, diffère sensiblement des principes et des règles qui animent l'article 2279. Si le possesseur d'un meuble est protégé, c'est avant tout parce que la solution contraire aurait eu pour inconvénient de ruiner la sécurité des transactions mobilières. La prohibition de la revendication mobilière est une mesure de portée générale, avant d'être une faveur accordée au possesseur. En revanche, l'usucapion abrégée n'a d'autre but que de favoriser le possesseur d'un immeuble. Rien n'empêchait le législateur de concevoir un système unique de prescription acquisitive immobilière. S'il n'a pas cru devoir retenir cette solution, alors que l'acquéreur d'un immeuble a le loisir et la possibilité de se renseigner sur la qualité de celui avec qui il traite, c'est qu'il a estimé nécessaire de privilégier le possesseur qui, en plus des conditions de droit commun, était en mesure d'invoquer sa bonne foi et un juste titre (429). Un tel fondement explique que l'usucapion abrégée ne soit pas aussi éten-

(428) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 700.

(429) MARTY-RAYNAUD, op.cit., n° 198-WEILL,op.cit.,n° 462-CARBONNIER, op. cit., n° 62, p. 223.

due que la prescription de droit commun. Elle n'est possible que pour des immeubles pris individuellement et elle n'est jamais admise en matière de servitudes (430).

430. - Le possesseur d'un immeuble ne bénéficiera de la prescription acquisitive que s'il est, en premier lieu, muni d'un juste titre (431). Le juste titre exigé par la loi est l'acte juridique qui aurait dû transférer la propriété au possesseur, si ce dernier avait traité avec le véritable propriétaire. Il constitue une condition autonome, totalement détachée de la bonne foi, ce qui n'est pas le cas dans le cadre de l'article 550 du Code civil (432). Cette séparation entre titre et bonne foi n'est pas sans soulever en pratique certaines difficultés, tant il est vrai que le possesseur sera d'autant plus facilement de bonne foi qu'il aura un juste titre. Toujours est-il que l'on justifie cette distinction en se fondant sur la lettre de l'article 2265 du Code civil, lequel n'envisage effectivement que le sort de "celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre..." (433). Peut-être faut-il voir dans l'exigence d'un juste titre, la réminiscence de la "justa causa" de la "traditio" du droit romain ? (434).

Le titre ainsi exigé par l'article 2265 du Code civil ne peut être qu'un titre translatif de propriété. Hormis le défaut de droit de l'aliénateur, tout doit s'être passé comme s'il s'était agi d'une véritable transmission du droit de propriété (435). Contrairement à ce qui se passe en matière mobilière, il n'est donc pas question de couvrir ici un autre vice que le défaut de droit de l'aliénateur. La solution contraire, déjà contestable dans le cadre de l'article 2279, aboutirait à ruiner tout le système légal de transmission

---

(430) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 198 et 154.

(431) Comp. les solutions allemandes en matière mobilière, supra, n°405.

(432) Cf. infra, n° 446.

(433) Cf. FOURNIER, Le juste titre en droit français moderne, Th. Caen 1942.

(434) CARBONNIER, op.cit., n° 65, p. 233 qui suggère en conséquence de ne retenir que le titre susceptible d'être transcrit.

(435) Comp. § 932 du B. G. B. supra, n° 368.

de la propriété immobilière. Et seul compte l'acte intervenu entre le possesseur et son auteur ; le titre de ce dernier est indifférent : peu importe son existence ou ses vices, puisque ce n'est pas le droit de son auteur qu'invoque le possesseur, mais sa propre possession, appuyée sur son titre. Toutefois, la connaissance des vices du titre de l'aliénateur peut constituer le possesseur de mauvaise foi et faire ainsi obstacle à l'usucapion abrégée (436).

La jurisprudence a eu maintes occasions pour rappeler la nécessité d'un titre translatif (437). Un tel titre ne se limite d'ailleurs pas à l'acte de vente, il peut tout aussi bien s'agir d'une donation ou d'un échange (438). En général, les tribunaux se montrent relativement sévères. Ils écartent non seulement les titres qui ne confèrent à leurs titulaires qu'un droit de jouissance (439), mais également les titres simplement déclaratifs tels le partage, la transaction

---

(436) PLANIOL et RIPERT, n° 703.

(437) Civ. 9 janvier 1901, S. 1905.1.509 où l'acte, jugé insuffisant, était une convention se contentant d'indiquer que le défendeur était propriétaire du bien - Civ. 26 octobre 1953, D. 1954, 24 - Civ. 3°, 26 février 1970, Bull. civ. III, n° 153, p. 113 où le juste titre permet d'attribuer la propriété à un individu qui n'avait jamais été en possession du bien, mais à qui le titre conférait la qualité de propriétaire et pour le compte de qui un tiers détenait le bien - Civ. 3°, 6 janvier 1972, Bull. civ. III, n° 12, p. 10 - Civ.3°, 26 juin 1973, Bull. civ. III, n° 442, p. 322.

(438) Req. 18 janvier 1899, S. 1901.1.415-Civ. 3°, 15 février 1968, Bull. civ. III, n° 60, p. 50 qui concerne une donation-partage-Civ. 3°, 4 juillet 1973, J. C. P. 1973, IV, 319.

(439) Civ. 8 janvier 1907, Rev. trim. dr. civ. 1907, 613, obs. LEVY.

ou le jugement déclaratif (440) . L'attitude de la jurisprudence conduit ainsi à consacrer une conception relativement étroite du juste titre.(441).

Le titre translatif doit encore satisfaire à d'autres conditions. Il faut, tout d'abord, que ce titre existe réellement : la jurisprudence ne se contente pas d'un titre qui n'existerait que dans l'imagination du possesseur, c'est-à-dire d'un titre putatif. Ce dernier n'est suffisant que lorsque le titre n'est qu'une condition de la bonne foi, comme cela est le cas dans le cadre de l'article 550 du Code civil (442). En revanche, comme condition distincte, le titre

---

(440) Pour le partage, cf.:civ. 24 avril 1850, S.1850.1.513-Civ.3°, 30 octobre 1972, Bull.civ.III, n° 575, p. 422. La question du partage d'ascendant est plus discutée ; la Cour de Bourges avait estimé qu'il constituait, comme toute donation-partage, un juste titre : 25 janvier 1856, D.P. 1859.1.305. Mais l'arrêt fut cassé pour un autre motif et la Cour de renvoie, tout en parlant de partage d'ascendants fait entre vifs, qualifia l'opération de partage testamentaire ; or un tel partage ne peut constituer un juste titre ; Orléans 12 juillet 1860, D. 1860.2.558 - Comp. GAUDIN DE LAGRANGE et RADOUANT, op. cit. (n° 425, note 400), n° 68. En ce qui concerne les transactions la solution résulte implicitement d'un arrêt des Chambres réunies du 12 décembre 1865, S. 1866.1.73. Pour un exemple de jugement déclaratif, à propos d'un jugement accueillant une déclaration en simulation : Civ. 3°, 6 novembre 1970, Bull.civ.III,n° 591, p.431.

(441) Cf. les réserves de CARBONNIER, op. cit., n° 65, p. 234.

(442) Cf. infra, n° 446.

doit avoir une existence réelle. Ainsi l'acquéreur qui prend possession d'un autre immeuble que celui mentionné dans le titre, ne peut se prévaloir d'un juste titre (443). Celui-ci n'est donc pas seulement nécessaire pour démontrer qu'entre le possesseur et son auteur tout s'est apparemment déroulé normalement ; il est également fort utile à délimiter la portée de l'usucapion. En d'autres termes, on ne peut prescrire en dehors et au delà de son titre. L'immeuble que l'on veut acquérir doit correspondre à celui qui est décrit dans le titre. Ainsi, dans une espèce où le titre concernait un terrain de 66 ares, l'usucapion étant invoquée pour un terrain de 29 hectares et 72 centiares, lesjuges ont relevé qu'un tel titre n'avait pu opérer transfert de la propriété du bien en litige et qu'en conséquence les conditions de l'article 2265 n'étaient pas satisfaites (444).

De son côté, l'article 2267 du Code civil interdit que l'on prenne en considération un titre nul pour défaut de forme. Les actes juridiques dont la validité est subordonnée à l'existence de conditions de forme ne constituent donc des justes titres que si ces conditions ont été respectées. Mais la loi ne dit mot des nullités de fond. Très vite cependant il a été admis que la rédaction de l'article 2267 avait été particulièrement maladroite et qu'en réalité ce texte évoquait essentiellement la nullité absolue (445). En fait, toute au-

---

(443) Orléans, 27 février 1908, D. 1908.2.387-Civ.3°, 8 octobre 1974, Rép.Déf.1975, 1° partie, 613, note GOUBEAUX.

(444) Civ. 3°, 21 février 1973, Bull.civ.III,n° 149, p. 108 ; Rev. trim. dr. civ. 1974, 174, obs. BREDIN-Cf.également : Civ. 13 avril 1881, S. 1883.1.453-Civ. 3°, 29 janvier 1970, Bull. civ. III, n° 75, p. 55 - Civ. 24 juin 1971, Bull. civ. III, n° 410, p. 292.

(445) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 704.

tre solution aurait été inconcevable ; inapte à transférer la propriété même s'il émane du véritable propriétaire, l'acte entaché de nullité absolue ne peut, à plus forte raison, être considéré comme un juste titre (446). Cette règle doit toutefois être tempérée lorsque la nullité absolue ne frappe pas l'acte en son entier (447). En revanche, il a été décidé de ne pas appliquer l'article 2267 aux cas de nullité relative, qu'il s'agisse d'une nullité de fond ou de forme. Le plus souvent d'ailleurs, l'adversaire du possesseur n'aura pas lui-même qualité pour évoquer une telle nullité (448).

Enfin, si le titre exigé doit être un titre translatif, il n'est pas nécessaire qu'il ait été publié (449). Il est vrai que seule compte la capacité du titre à transmettre la propriété. Or entre les parties, et par conséquent entre le possesseur et son auteur, le défaut de publicité ne prive pas le titre de sa valeur translative. L'adversaire du possesseur ne saurait donc exiger une transcription du juste titre. En outre, l'interprétation restrictive de la notion de juste titre commande que l'on s'écarte de toute référence aux règles de la publicité foncière, sous peine de ne plus pouvoir justifier l'élimination des actes simplement déclaratifs (450). Il est donc ainsi possible d'opposer une prescription acquisitive fondée sur un juste titre à un titre transcrit (451), et par conséquent, l'existence d'un titre antérieur transcrit n'enlève pas la qualité de juste titre à l'acte passé

(446) Req. 8 avril 1906, D. 1907.1.406-Req. 5 janvier 1927,D.H.1927, 66-Paris 16 mars 1949, précité n° 427, note 423;D. 1950, note LALOU ; Rev. trim.dr.civ. 1949, 548, obs. SAVATIER.

(447) Une donation contenant une disposition contraire à l'ordre public peut néanmoins constituer un juste titre si la clause est réputée non écrite et que pour le reste, la donation est maintenue: Req. 27 février 1906, S. 1906.1.506, note NAQUET.

(448) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 704-MARTY-RAYNAUD, op.cit.,n° 200 -WEILL, op. cit., n° 463 -Req. 27 février 1856,S. 1856.1.799.

(449) Civ. 16 juin 1869,D. 1869.1.478-Civ. 1 août 1939, Rev.trim.dr. civ. 1940, 111, obs. RADOUANT.

(450) Comp. CARBONNIER, op. cit., n° 65, p. 233 et 234.

(451) Lyon 27 février 1947, J. C. P. 1948.II.4118, note BECQUE.

par le deuxième acquéreur du même bien (452). Cependant, pour éviter toute fraude, le juste titre doit avoir acquis date certaine et le délai ne commence à courir que du jour de l'entrée en possession et non du jour où est passé l'acte constituant le juste titre (453).

431. - A lui seul le juste titre est insuffisant ; le possesseur qui l'invoque doit être de bonne foi. L'article 2265 ne donnant aucune définition de la bonne foi, il n'est pas certain que tous les auteurs s'en fassent la même idée. Certains la définissent par la croyance de l'acquéreur dans les droits de son auteur (454). D'autres rapprochent le titre de la bonne foi, pour définir celle-ci par la "croyance de l'acquéreur que son titre lui a bien fait acquérir le droit réel qui en est l'objet" (455). Certes, ces deux définitions ne sont guère éloignées l'une de l'autre. Si l'acquéreur croit que son titre lui confie la propriété de l'immeuble c'est parce que ce titre est censé émaner du véritable propriétaire. Cpendant, si le titre était l'objet de la bonne foi, l'acquéreur devrait avoir cru à un titre vierge de tous vices. L'on consacrerait ainsi une conception "morale" de la bonne foi, par opposition à une conception "purement technique", où l'ignorance des droits de l'aliénateur est suffisante (456). Il est délicat de déterminer quelle est la conception qui, en pratique, a triomphé. Certaines solutions jurisprudentielles se rattachent sans aucun doute à la conception strictement technique. Ainsi la connaissance par le possesseur d'une cause de nullité relative frappant son titre ne l'empêche pas d'être de bonne foi (457). Seule la connaissance du défaut de propriété de l'aliénateur rend le possesseur de mauvaise

---

(452) Civ. 4 juillet 1962, D. 1962, 570.

(453) Civ. 1°, 28 novembre 1962, G.P. 1962.2.192 ; Rev.trim.dr.civ.1963, 380, obs. BREDIN-Civ.1°, 14 juin 1961, J.C.P. 1962,II,12472,note BULTE. Civ.3°, 9 janvier 1973, G.P. 1973, 1, Somm. 4.

(454) PLANIOL et RIPERT, op.cit.,n° 709-MARTY-RAYNAUD,op.cit.,n° 201.

(455) WEILL, op. cit., n° 464.

(456) Sur cette distinction, cf. CARBONNIER, op.cit.,n° 65, p. 235.

(457) Cf. supra, n° 430-AUBRY et RAU § 218, n° 312, p. 498.

foi (458). D'autres décisions reprennent purement et simplement la formule selon laquelle la bonne foi est la "croyance pleine et entière où se trouve l'acquéreur, au moment de son acquisition, des droits de son auteur à la propriété des biens qu'il lui transmet... (459). Il en résulte que la connaissance des droits de propriété d'un tiers est exclusive de la bonne foi (460). A l'opposé, les tribunaux peuvent paraître sévère et donc s'inspirer de la "conception morale" de la bonne foi, lorsqu'ils apprécient l'intensité que doit présenter l'erreur. A leurs yeux, le moindre doute de l'acquéreur le constitue de mauvaise foi (461). Cependant, la situation du possesseur se trouve considérablement avantagée par deux dispositions du Code civil. La première, l'article 2268, indique que "la bonne foi est toujours présumée, et c'est à celui qui allègue la mauvaise foi à la prouver". La charge de la preuve de la mauvaise foi repose donc sur les épaules de l'adversaire du possesseur. En outre, ce dernier, aux termes de l'article 2269, n'a besoin de sa bonne foi qu'au moment de l'acquisition de la possession (462). La jurisprudence s'est parfois montrée plus sévère que l'article 2269. Elle a ainsi décidé qu'en matière de legs, la bonne foi devait exister, non au jour du décès, mais au moment de l'acceptation du legs (463). Cependant, même si la condition de bonne foi semble avoir été interprétée rigoureusement, le possesseur n'est pas pour autant totalement démuni de moyen de défense vis à vis du revendiquant.

---

(458) Req. 11 novembre 1887, S. 1888.1.473. En réalité, hormis cette dernière hypothèse, la connaissance par l'acquéreur des vices de son titre est indifférente : s'il s'agit d'une nullité relative, le juste titre n'est pas remis en cause ; et si l'on est en présence d'une nullité absolue, c'est le titre qui fera défaut.

(459) Req. 22 mai 1906, S. 1910.1.172 ; Rev. trim. dr. civ. 1906, 682, obs. LEVY-Civ. 3°, 18 janvier 1972, Bull.civ.III, n° 39, p. 28.

(460) Req. 8 août 1870, D. 1872, 1, 17.

(461) Req. 22 mai 1906, précité note 459.

(462) "Il suffit que la bonne foi ait existé au moment de l'acquisition".

(463) Rouen 18 juillet 1949, D. 1949, 9, note LEBRUN En ce sens : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 714.

432. - Juste titre et bonne foi ont pour effet d'abréger le délai de prescription. Dans ses grandes lignes, qu'il soit de 10 ou de 20 ans, le délai reste soumis aux règles de droit commun. Tout au plus peut-on noter certaines particularités ayant trait à son point de départ. Si l'usucapion abrégée est subordonnée aux deux conditions qui la justifient, elle doit également s'accompagner, comme toute prescription, d'une prise de possession. Son point de départ se situe donc au moment où l'immeuble est entre les mains du possesseur et où le titre a acquis date certaine (464).

Le délai requis par l'article 2264 peut varier de 10 à 20 ans. Il est de 10 ans lorsque le propriétaire de l'immeuble habite dans le ressort de la Cour d'appel où se situe l'immeuble, et de 20 ans dans le cas contraire. En d'autres termes, le législateur a estimé que le délai devait être d'autant plus long que le propriétaire était plus éloigné de son bien. Cette explication aurait dû conduire à ne retenir que la résidence effective du propriétaire (465). Tel n'a cependant pas été l'avis de la jurisprudence. Aux yeux de la Cour de cassation, "si l'article 2265 emploie l'expression d'habitation en même temps que celle de domicile, cette expression doit être entendue dans son acception de domicile légal, conforme à l'esprit et à la lettre de ces textes, et non dans celle de résidence effective" (466).

Il se peut qu'au cours de la prescription, le propriétaire soit domicilié successivement dans le ressort et hors du ressort de la Cour d'appel où se situe l'immeuble. L'article 2266 indique la marche

---

(464) Cf. supra, n° 430, in fine.

(465) WEILL, op. cit., n° 465, p. 404, note 1. En ce sens, PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 715.

(466) Req. 16 décembre 1935, S. 1936.1.93.

à suivre (467) . La rigueur de ce texte laisse à désirer et il semble qu'il y ait eu une inadvertance du législateur. Au lieu de "il faut ajouter à ce qui manque aux dix années de présence", il convient de lire "il faut ajouter aux années de présence" (468). Le principe de l'article 2266 est d'accorder une valeur double à toute année de présence dans le ressort de la Cour d'appel par rapport aux années d'absence et inversément. Dans tous les cas le délai de base est celui de 10 ans. Ainsi lorsque le propriétaire commence par prescrire pendant 4 ans dans le ressort, il lui manque 6 ans pour atteindre le délai fixé en pareille circonstance par la loi. Une fois installé hors du ressort, il devra donc continuer à prescrire pendant 12 ans et la durée totale de son usucapion se montera à 16 ans. Dans le cas contraire, si le propriétaire prescrit tout d'abord pendant 4 ans hors du ressort, lorsqu'il aura changé de domicile, ses quatre ans n'en vaudront plus que 2, et il lui faudra 8 ans pour parfaire sa prescription décennale. Il aura donc prescrit pendant 12 ans. Bien que le calcul puisse porter, non pas sur des années entières, mais aussi sur des semaines, voire des jours, la règle restera toujours la même : selon les cas, l' on divise ou l'on multiplie par deux le temps qui reste à courir lors du changement de domicile. Au fond, "chaque année passée hors du ressort a pour conséquence d'allonger d'une année supplémentaire, le délai minimum de 10 ans" (469).

433. - La durée de la possession, qu'il s'agisse de la prescription trentenaire ou même de l'usucapion abrégée, fait que très souvent un seul et même possesseur est dans l'impossibilité de l'invoquer à son profit. L'article 2235 du Code civil lui permet alors de joindre à sa possession celle de son auteur, de quelque manière qu'il lui succède. Cependant toutes les situations ne sont pas comparables et, comp-

---

(467) "Si le véritable propriétaire a eu son domicile en différents temps, dans le ressort et hors du ressort, il faut, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix années de présence, un nombre d'années d'absence double de celui qui manque, pour compléter les dix ans de présence".

(468) AUBRY et RAU, op. cit., § 218, note 315, note 42, p. 502.

(469) CARBONNIER, op. cit., n° 62, p. 223.

te tenu des particularités du système français, il a été impossible de s'en tenir à un système aussi simple que celui retenu par le droit allemand (470). Le droit français distingue selon que le possesseur est un successeur à titre universel ou à titre particulier.

Successeur à titre particulier, le possesseur ne peut continuer la possession de son auteur que si toutes deux sont de même nature. Ce sont, en effet, des possessions distinctes et seul le délai peut être reporté de l'une à l'autre. Le possesseur pourra donc joindre sa possession à celle de son auteur si tous deux sont de bonne foi ou de mauvaise foi, ce qui le mènera selon les cas à une prescription trentenaire ou abrégée (471). La question est plus délicate, lorsque les deux possessions sont dissemblables, l'une étant de bonne foi, l'autre de mauvaise foi. En doctrine, l'habitude a été prise de règler ce conflit de la manière suivante : les années utiles à une prescription abrégée peuvent être comptées pour une prescription trentenaire, mais l'inverse n'est pas admis. Ainsi, si l'aliénateur est de mauvaise foi, mais qu'au contraire son ayant cause est de bonne foi, ce dernier peut bénéficier de la prescription abrégée, sans toutefois pouvoir ajouter le temps de possession prescrit par son auteur. Il aura donc intérêt à renoncer à la prescription abrégée, chaque fois qu'il restait à son auteur moins de 10 ans à prescrire. A l'inverse, si c'est l'acquéreur qui est de mauvaise foi et l'aliénateur de bonne foi, le possesseur ne peut songer qu' à la prescription de droit commun, mais il peut faire compter la possession de son auteur (472).

Un tel mécanisme suppose que l'ayant cause succède dans la même possession que son auteur. S'il ajoute, par exemple, la possession d'un immeuble non compris dans l'acte de vente, la jonction des possessions ne pourra pas se faire (473). D'autres solutions semblent plus curieuses. La Cour de cassation a ainsi admis que le possesseur

---

(470) Cf. supra, n° 408.

(471) Req. 22 juillet 1874, S. 1875.1.17.

(472) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 720. WEILL, op.cit., n° 467.

(473) Civ. 25 octobre 1927, S. 1928.1.47.

d'un usufruit pouvait joindre à sa possession celle de son auteur, propriétaire du bien, pour s'opposer à la revendication d'un tiers. Or, le moins que l'on puisse dire, c'est que l'usufruitier n'est pas animé du même "animus" que le nu-propriétaire et que si tous deux peuvent prescrire, le premier ne prescrit que son droit, le second, la nue-propriété du bien (474).

La situation est moins complexe quand le possesseur est un successeur à titre universel. Il se contente de poursuivre la possession de son auteur, telle que celui-ci la connaissait. Il y a, en réalité, moins une jonction des possessions, qu'une continuation par le successeur d'une possession commencée par le défunt. Peu importe donc la bonne foi du possesseur si son auteur était de mauvaise foi, et inversement, sa mauvaise foi ne l'empêchera pas de bénéficier de l'usucapion abrégée, si le de cujus possédait avec juste titre et bonne foi (475).

434. - Si quelques interférences entre le droit allemand et le droit français avaient pu être décelées à propos de la prescription acquisitive trentenaire (476), il en va tout autrement dans le cadre de l'usucapion abrégée. Celle-ci n'a aucun sens en droit allemand : le tiers acquéreur "a non domino" est suffisamment protégé par la force probante attachée aux mentions du livre foncier. En fait, c'est à ce dernier que sont dues toutes les divergences. Sa place en droit allemand, son absence en droit français, expliquent à elles seules les voies divergentes choisies par les deux législations.

§ 3 : Effets de l'usucapion.

435. - Quels que soient ses caractères, l'usucapion a nécessairement pour conséquence l'acquisition de la propriété ou du moins celle du droit prescrit . Mais compte tenu des conditions dans

(474) Civ. 1°, 13 février 1963, G. P. 1963.II.82 ; Rev. trim. dr. civ. 1963, 756, obs. critiques BREDIN.

(475) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 719.

(476) Cf. supra, n° 428.

lesquelles elle intervient en droit français et en droit allemand, les modalités de cette acquisition diffèrent quelque peu.

En droit français, le possesseur recueille l'immeuble tel quel. C'est dire que s'il est grevé de certaines charges, celles-i demeurent, sauf si une prescription distincte à couru à leur égard (477). La solution est identique en droit allemand : chaque prescription ne peut concerner qu'un seul droit réel, encore que le § 927 soit limité au droit de propriété (478).

Dans le système du Code civil, la prescription rétroagit au jour où elle a commencé.Cette solution paraît logique lorsque l'usucapion intervient comme mode de preuve de la propriété (479). Et il semble qu'elle doive également être retenue en droit allemand, lorsque l'usucapion profite à celui qui est déjà inscrit au livre foncier (480). La rétroactivité se justifie beaucoup moins, lorsque la prescription consolide le titre d'acquisition : ce n'est qu'à l'expiration du délai de prescription que la propriété sera acquise. Jusqu'à cette date, l'ancien propriétaire conserve tous ses droits. C'est bien cette solution que consacre le § 927 du B. G. B. . Jusqu'au jugement de forclusion, l'immeuble continue d'appartenir au propriétaire inscrit. Le possesseur ne devient propriétaire qu'au moment où il figurera à son tour sur les registres du livre foncier (481). Toujours est-il qu'en droit français, la règle de la rétroactivité s'applique en toutes circonstances, validant les actes passés par le possesseur, annulant ceux qui sont nés du chef du véritable propriétaire (482).

---

(477) WEILL, op. cit., n° 458.

(478) Cf. supra, n° 421, note 377.

(479) Cf. supra, n° 416.

(480) Cf. supra, n° 414.

(481) Cf. supra, n° 421.

(482) Ainsi l'hypothèque consentie par le possesseur sera rétroactivement validée, alors que celle due au véritable propriétaire deviendra inopposable au possesseur. Cf. également l'article 1406 du Code civil.

Enfin, et cela ne concerne que le seul droit français, l'acquisition de la propriété par l'usucapion n'a pas à être publiée. Ainsi, aucune mesure préalable n'est nécessaire (483). Tout au contraire, la prescription produit son effet même à l'encontre d'un tiers qui justifierait d'avoir régulièrement transcrit son titre. Elle permet donc à un possesseur qui n'a pas publié son titre, de l'emporter sur celui qui l'a publié, tenant ainsi en échec les règles de la publicité foncière (484).

436. - Si dans les deux droits, la prescription acquisitive conduit à la propriété, cette conséquence a un caractère facultatif. Dans le Code civil, cette règle est issue de l'article 2223 qui interdit au juge de suppléer d'office au moyen résultant de la prescription. C'est donc au possesseur qu'il revient de choisir s'il veut ou non bénéficier de l'usucapion. Son choix n'est cependant pas tout à fait libre, ni tout à fait définitif ; s'il reste indécis, l'article 2225 offre à ses créanciers, par le biais de l'action oblique, la possibilité d'invoquer la prescription en son nom. Les créanciers sont ainsi protégés contre l'inaction de leur débiteur, inaction qui a toutes les chances de s'apparenter à la négligence.

En droit allemand, en revanche, l'usucapion semble jouer d'office, lorsqu'elle intervient en conformité avec les mentions du livre foncier (485). En pareille occurrence, ce n'est pas à proprement parler l'usucapion que doit invoquer le défendeur ; il peut se contenter de s'appuyer sur les indications du livre foncier. Mais lorsque la prescription va à l'encontre du livre foncier (486), on a pu constater que le jugement de forclusion n'a pas pour conséquence immédiate de transmettre la propriété au possesseur. Ce dernier doit demander son inscription au livre foncier. Tant que cette transcription n'a pas eu lieu,

(483) Cf. supra, n° 434.-Cf. Rouen 19 décembre 1972, D. 1973, I.R., 31- L'on se souvient que le défaut de publicité du juste titre ne remet pas en cause sa qualité ; cf. supra, n° 430.

(484) Paris 18 novembre 1968, J.C.P. 1969.II.15742, cl. BARNICAUD ; Rev. trim. dr. civ. 1969, 358, obs. BREDIN.

(485) Cf. supra, n° 414.

(485) Cf. supra, n° 414.

le bien est vacant (487). Cependant, une fois cette formalité accomplie, le possesseur qui serait actionné en revendication, se contentera de se retrancher derrière les inscriptions du livre foncier. En fait, le système allemand consacre plus une faculté de renonciation, qu'une obligation pour le possesseur d'invoquer à son profit l'usucapion.

437. - Cette faculté de renonciation est également accordée au possesseur français ; elle suppose cependant que la possession soit accomplie. "On ne peut d'avance renoncer à la prescription : on peut renoncer à la prescription acquise " déclare, en effet, l'article 2220 du Code civil. L'interdiction d'une renociation par avance tient au caractère d'intérêt général présenté par la prescription. Sa portée pratique est réduite, sauf peut-être dans les rapports entre un propriétaire et un détenteur. En remettant un immeuble à un détenteur précaire, le propriétaire peut être tenté d'insérer dans le bail une clause revenant à interdire au preneur toute interversion de son titre, ce qui serait un obstacle définitif à toute prescription acquisitive. Pareille clause semble prohibée par l'article 2220 (488). Mais une fois le délai de prescription accompli, et dans la mesure où la prescription conserve un caractère facultatif, il est parfaitement légitime de permettre au possesseur d'y renoncer. Cette renonciation ne peut être présumée et si elle n'est soumise à aucune condition de fond ou de forme, elle nécessite un acte manifestant expressément ou implicitement la volonté du possesseur (489). La renonciation est un acte abdicatif : le possesseur n'abandonne pas un droit acquis, puisque la prescription n'a qu'un caractère facultatif. L'on ne comprend pas dès lors que l'article 2222 du Code civil exige de la part du renonçant le pouvoir d'aliéner l'immeuble en cause, et encore moins que cette renon-

---

(487) Cf. supra, n° 421.

(488) WEILL, op.cit., n° 461, note 2, p. 398. Cette solution laisse supposer qu'un détenteur peut toujours intervertir son titre et que l'on peut donc difficilement lui interdire toute prescription.

(489) Article 2221 du Code civil-Req. 21 mai 1883, S. 1884.1.422.-Civ.3°, 30 avril 1970, Bull. civ. III, n° 300, p. 219.

ciation doive être publiée (490).

Pas plus que l'inaction (491), la renonciation n'échappe au contrôle des créanciers du renonçant. Mais contrairement à ce qui se passe lorsque le débiteur s'abstient d'invoquer la prescription, il y a ici un acte positif. Est-il possible de considérer la renonciation comme un acte d'appauvrissement, alors que le débiteur néglige simplement de s'enrichir ? Bien que la question demeure discutée, il semble qu'il faille lui apporter une réponse positive et ne pas interpréter l'article 2225 du Code civil à la lettre (492). Les créanciers devront donc tout d'abord user de l'action paulienne pour obtenir la révocation de la renonciation ; ce n'est qu'ensuite qu'ils pourront, par la voie de l'action oblique, invoquer la prescription acquisitive au nom de leur débiteur.

438. - L'usucapion d'une manière générale, mais plus particulièrement lorsqu'elle est invoquée par un tiers acquéreur "a non domino", conduit à dépouiller de son droit le véritable propriétaire. Il en résulte que ce dernier se trouve dans l'impossibilité d'exercer l'action en revendication. Pareille conséquence heurte la règle traditionnelle selon laquelle la revendication est imprescriptible, puisque la propriété ne peut se perdre par le non usage (493). En réalité, "si l'action en revendication intentée par le propriétaire dépossédé de son immeuble est imprescriptible, elle ne peut triompher contre un défendeur qui justifie être devenu lui-même propriétaire de l'immeuble revendiqué par une possession contraire réunissant toutes les conditions exigées par la prescription acquisitive" (494). On est de la sorte en présence de deux propriétaires dont "l'un a acquis un droit que l'autre n'a

(490) Article 28-8° du décret du 4 janvier 1955.-Cf. WEILL, op. cit., n° 461.

(491) Cf. supra, n° 434.

(492) MARTY-RAYNAUD, op.cit., n° 199-WEILL, op.cit., n° 461-GAUDIN DE LACRANGE et RADOUANT, op.cit. (n° 425, note 40C), n° 262 et 299.

(493) WEILL, op.cit., n° 305 et 306-MARTY-RAYNAUD, op.cit., n° 227-Req. 12 juillet 1905, S. 1907, 1, 279, note WAHL.

(494) Civ. 1, 7 octobre 1964, J. C. P. 1964.II.13944.

pas perdu" (495). A la lumière de cette solution, il semble difficile de continuer à affirmer que la propriété ne se perd pas par le non usage. N'est-ce pas précisément ce non-usage qui permet à un tiers de s'emparer de l'immeuble et finalement de l'acquérir par prescription? Et le propriétaire initial, désireux de conserver son bien, se trouve le plus souvent dans l'obligation de prouver qu'il en a usé, de manière à contester les faits de possession invoqués par son adversaire. Il y a donc des hypothèses où le droit de propriété ne sera conservé que si son titulaire est en mesure d'en justifier un usage, la preuve des actes d'usage étant le plus souvent le seul moyen de démontrer le vice entachant la possession de celui qui veut usucaper. Il reste malgré tout que la prescription acquisitive doit être prouvée par le possesseur et que les juges ne peuvent le déclarer propriétaire en se fondant purement et simplement sur l'inaction du véritable propriétaire (496). Autrement dit, "il n'y a pas de prescription extinctive du droit de propriété, il peut seulement y avoir prescription acquisitive au profit d'un tiers devenu possesseur de la chose" (497).
Si l'action en revendication est ainsi écartée par le jeu de l'usucapion, le véritable propriétaire conserve ses actions personnelles. Telle est du moins la solution en droit français lorsqu'il s'agit de l'usucapion abrégée, elle seule nécessitant un juste titre. Or la prescription abrégée n'a pas pour effet de purger le titre de ses vices. L'auteur du possesseur conserve donc toutes les actions issues du contrat . On peut alors imaginer que le véritable propriétaire créancier de l'aliénateur sans droit, puisse exercer les actions à la place de ce dernier. A défaut d'obtenir directement la restitution de l'immeuble, l'action oblique permettra au propriétaire dépossédé de faire en

---

(495) BREDIN, obs. sous décision précitée note 494, in Rev.trim.dr. civ. 1965, 149.

(496) Civ. 3°, 9 juillet 1970, J.C.P. 1971.II.16579.

(497) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 49.

sorte que le bien revienne entre les mains de son débiteur (498). L'action oblique n'a d'intérêt que parce qu'elle permet d'exercer l'action en nullité relative appartenant à l'aliénateur et que le délai de prescription de celle-ci ne court que du jour de la découverte du vice. Cela rend possible le dépassement du délai de l'usucapion abrégée. D'autres actions personnelles sont prescriptibles en 30 ans ; elles n'ont aucun intérêt en matière d'usucapion trentenaire, mais survivent à la revendication pendant 10 à 20 ans, si l'usucapion s'accomplit dans les délais abrégés de l'article 2265 du Code civil. Le maintien des actions personnelles que seul le droit français connaît, permet donc de pallier la disparition de la revendication, en intervenant en dehors des délais de prescription.

439. - Le rôle que la possession peut ainsi être amenée à jouer dans le cadre de l'acquisition des droits réels immobiliers impose une double constatation. Contrairement à ce que l'on aurait pu imaginer, les deux droits ne sont pas systématiquement en totale opposition. Bien plus, dans la mesure où la possession conserve en droit allemand une place non négligeable, certaines convergences sont incontestables. Ainsi, des deux côtés du Rhin, la possession trentenaire conforte le plus souvent les droits du véritable propriétaire. Certes, dans le système imaginé par le B. G. B., la preuve du droit de propriété ressort avant tout du livre foncier, de la même manière qu'en droit français elle est normalement issue d'un titre. Mais dans les deux droits, la prescription évite d'avoir à remonter au delà de trente ans dans la chaîne des transmissions. Cela peut paraître surprenant en droit allemand, d'autant plus que la prescription trentenaire bénéficie même à un possesseur non inscrit. Le livre foncier n'empêche donc pas le B. G. B. de consacrer des solutions fort proches, du moins dans leur principe, de celles du droit français. Il est vrai qu'il est une question où les deux législations sont peu comparables et qui a trait à l'acquisition "a non domino". A dire vrai, en droit allemand, la possession n'y joue aucun rôle, la protection du tiers acquéreur étant fonction du crédit attaché aux indications du livre foncier. Cependant, dans le cadre du § 892, comme dans celui de l'usucapion abrégée,

(498) AUBRY et RAU, op.cit., §218, n°315-PLANIOL et RIPERT, op.cit., n°747.

le tiers doit être de bonne foi et justifier d'un juste titre. Ce n'est donc qu'au regard de la possession que les deux mécanismes sont en totale antinomie, le possesseur allemand acquérant la propriété immédiatement.

La seconde remarque vise les conditions requises par les deux droits, et plus particulièrement la nécessité d'une possession "animo domini". Cette exigence commune aux deux législations témoigne une nouvelle fois de leur accord sur l'essentiel, accord qui rapproche sensiblement le droit allemand du droit français.

Section III : ACQUISITION DES FRUITS ET REVENUS.

440. - Quelles que soient les faveurs dont peut bénéficier un possesseur, il n'est pas rare qu'il se trouve dans l'obligation de restituer la chose possédée au propriétaire qui la revendique. La restitution du bien devrait alors normalement s'accompagner de celle des fruits et revenus perçus à tort. Une telle obligation aurait à l'encontre du possesseur de bonne foi un effet désastreux. Elle risquerait de le ruiner : à aucun moment il ne pouvait imaginer qu'il serait amené à restituer le bien et, par conséquent, il a disposé de ces revenus comme l'aurait fait le véritable propriétaire. D'un autre côté, il n'y a aucune raison de favoriser outre mesure un propriétaire à qui l'on peut reprocher de ne pas avoir réclamé le bien plus tôt (499). Ces raisons d'équité ont conduit les droits français et allemand à reprendre une règle déjà connue du droit romain et à consacrer l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi (§ 1). Cependant, les conditions dans lesquelles cette acquisition intervient ne sont pas tout à fait identiques des deux côtés du Rhin. En droit allemand, elles s'insèrent dans un ensemble de dispositions plus vastes et qui ont pour effet d'organiser les rapports entre le propriétaire et l'ancien possesseur (500). Dans le Code civil, il s'agit plus simplement d'une exception aux obli-

---

(499) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 172-WEILL, op.cit., n° 397-STAUDINGER, op. cit., § 993, 1.-SOERGEL, op. cit., § 993, 1.

(500) Cf. supra, n° 322.

gations incombant normalement au possesseur appelé à restituer le bien (§ 2).

§ 1 : Principe d'acquisition commun aux deux législations.

441. - L'acquisition des fruits et revenus constitue en droit allemand l'objet des §§ 987 à 993 du B. G. B. . Cependant, ces dispositions sont particulièrement confuses. En réalité, elles mêlent deux questions : celle de l'acquisition des fruits et celle, plus générale, de l'éventuelle responsabilité du possesseur vis à vis du véritable propriétaire (501). A cette difficulté s'ajoute celle tenant à la définition des fruits et revenus.

Dans le § 987, le B.G.B. use de l'expression "Nutzungen"pour désigner ce qui peut revenir au possesseur. La traduction de ce terme peut faire hésiter, car, selon le § 1000 du B.G.B., il vise aussi bien les fruits d'une chose ou d'un droit que les avantages que procure l'usage de cette chose ou de ce droit. Les "Nutzungen" désignent donc d'une manière globale tout profit -"Gebrauchsvorteile"- qu'un possesseur peut tirer de son droit ou de sa chose. Les fruits, qui ne sont ainsi qu'une des modalités de ce profit, ont été définis par le § 99 du B.G.B. (502). A la lumière de ce texte, il est possible d'attribuer au mot "fruit" trois sens différents. Aux termes de l'alinéa 1 du § 99, les fruits sont les produits d'un bien ("Erzeugnisse"), ainsi que tout ce que l'on peut acquérir conformément à la nature et à la destination de ce bien ("die sonstige bestimmungsgemässe Ausbeute"). Sont également des fruits, selon l'alinéa 2 du même texte,les revenus que peut rapporter la possession d'un droit ("Erträge"). Enfin, l'alinéa 3 fait

(501) Cf. supra, nº 322 et s.

(502) "Les fruits d'un bien sont les produits de ce bien, ainsi que ce qui en est extrait et que l'on acquiert, conformément à sa destination.- Les fruits d'un droit sont les revenus que rapporte ce droit conformément à sa destination, et notamment les parties constitutives du sol acquises par l'exercice d'un droit d'extraction de ces parties constitutives.
Sont aussi des fruits, les produits que fournit une chose ou un droit en vertu d'un rapport de droit".

entrer dans la catégorie des fruits, tout ce que peut procurer un droit ou un bien en vertu d'un rapport juridique. En réalité, seules les deux premières acceptions du mot "fruit" ont ici leur importance.

Au regard du droit français, le § 99 rend inutile et sans intérêt la distinction entre fruits et produits (503). Les conceptions allemandes aboutissent ainsi à une notion extensive des fruits, puisqu'à aucun moment il n'est fait de différence entre ceux qui surviennent régulièrement et ceux qui épuisent la substance du bien chaque fois qu'ils sont perçus. En d'autres termes, le B.G.B. ignore la distinction que connaît le droit français entre fruits et produits (504).

422. - Si la distinction entre fruits et produits ne se rencontre pas au niveau des concepts, il n'est pas certain qu'elle ne réapparaisse pas, lorsque le B.G.B. consacre le principe de l'acquisition des fruits par le possesseur.

Les droits de ce dernier sont sauvegardés par le § 993 du B.G.B. . Mais ce texte est remarquablement mal rédigé, ne serait-ce que parce qu'il emploie successivement les termes de "Früchte", "Erträge", et de "Nutzungen" (505). En fait, s'agissant des droits du possesseur, le législateur n'a pu conserver intacte sa notion de fruits. Certes, lorsque les conditions du § 993 sont remplies, le possesseur n'est pas tenu de restituer les "Nutzungen". Quand l'on sait que ce terme englobe aussi bien les fruits que tout autre avantage, l'affir-

---

(503) Comp. infra, n° 443.

(504) STAUDINGER, op. cit., § 993, 1.

(505) "Lorsque les conditions des paragraphes 987 à 992 ne sont pas réunies, le possesseur est tenu de restituer, conformément aux règles de l'enrichissement sans cause, les fruits ("Früchte") s'ils ne peuvent être considérés comme des revenus ("Erträge") selon les règles d'une bonne administration ; par ailleurs, il n'est obligé ni à la restitution des profits ("Nutzungen"), ni à des dommages-intérêts". Comp. § 355 qui vise l'acquisition des fruits mais non leur conservation au moment de la restitution du bien.

mation du § 993 reviendrait à réserver au possesseur, non seulement les fruits proprement dits, mais également les produits. Or, c'est précisément ce que refuse ce même § 993:seuls les fruits qui constituent des revenus périodiques peuvent être conservés par le possesseur. En revanche, il est tenu de restituer tout ce qui ne peut être considéré selon les règles d'une bonne administration comme revenus du bien, c'est-à-dire tout ce qui épuise la substance même de la chose (506). En d'autres termes, le § 993 apporte une limite aux conséquences découlant normalement de la définition extensive des fruits que retient le § 99. C'est dire qu'en définitive le possesseur n'a droit qu'aux fruits et non aux produits. La solution est donc fort proche de celle du droit français, mais elle ne la recoupe pas entièrement. Le § 993 ne retranche des "Nutzungen" que les produits, mais non les autres avantages que l'on peut retirer d'un bien ou d'un droit (507). Ainsi malgré la restriction que comporte ce texte, les droits du possesseur allemand sont sensiblement plus étendus que ceux du possesseur français (508).

Seul le § 993 comporte une telle restriction. Dans toutes les autres dispositions, le terme de "Nutzungen" doit être compris dans son acception normale. Cette différence entre des textes régissant une même question peut aisément se justifier. A l'exception du § 993, les textes visent les situations dans lesquelles le possesseur peut être amené à restituer les "Nutzungen" au véritable propriétaire. Dans ces conditions, le terme de "Nutzungen" doit être entendu dans son sens le plus large, le possesseur étant tenu de rendre tout ce qu'il a perçu ou tout ce dont il a profité (509).

443. - En droit français, la définition des fruits ne soulève guère de difficultés. Les fruits naissent périodiquement de la chose, sans altérer sa substance. Spontanément et sans travail de la part de l'homme, un bien produit des fruits naturels. Au contraire, les fruits industriels nécessitent l'intervention de l'homme, mais

(506) STAUDINGER, op. cit., § 993,8 - SOERGEL, op. cit., § 993,3.
(507) Cf. la définition des "Nutzungen", supra, n° 441.
(508) Cf. infra, n° 443.
(509) Cf. infra, n° 448.

ils sont toujours obtenus à partir de la chose. En revanche, les fruits sont civils, lorsqu'ils ne représentent que la contre-partie de la cession de la jouissance de la chose. Toutes ces distinctions n'ont aucune portée à l'égard du possesseur. Celui-ci a droit indifféremment aux fruits, quelle que soit leur origine. A l'opposé des fruits, les produits n'ont pas ce caractère périodique et altèrent ou épuisent la substance de la chose dont ils sont issus (510). Dans le Code civil, la notion de fruits ne recoupe donc pas celle de produits, bien au contraire.

Il est vrai que cette distinction n'a guère d'importance à l'égard du propriétaire, celui-ci ayant droit aussi bien aux fruits qu'aux produits. Elle prend toute sa signification lorsque la chose est entre les mains d'un possesseur de bonne foi, car ce dernier n'a droit qu'aux seuls fruits. Il serait pourtant illusoire de croire que le possesseur ne retient que les fruits au sens strict du terme. La jurisprudence et la plupart des auteurs esquissent en ce domaine un rapprochement avec l'usufruit. Tout comme le possesseur, l'usufruitier n'a droit qu'aux fruits et non aux produits. Cependant, par extension de la notion de fruits et par faveur envers l'usufruitier, la loi assimile aux fruits un certain nombre de produits. Sont ainsi intégrés dans la catégorie des fruits, les coupes ordinaires de taillis-article 590 du Code civil-, les coupes forestières réglées -article 591 du Code civil-, les produits des mines, des carrières et des tourbières -article 598 du Code civil-, ainsi que les émoluments de rente viagère -article 588 du Code civil-. Peut-on conserver cette interprétation extensive au profit du possesseur ? La majorité de la doctrine et bon nombre de décisions jurisprudentielles se sont prononcées en faveur de cette assimilation (511). Contre toute attente, il n'est donc pas certain que le possesseur allemand soit nettement plus favorisé que son homologue français (512).

(510) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 255-MARTY-RAYNAUD, op.cit., n° 40.

(511) PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 178-AUBRY et RAU, op.cit., § 206, n° 226, p. 376-WEILL, op.cit., n° 403, p. 346, note 2-Req. 23 février 1881, S. 1882.1.79-Contra MAZEAUD, op.cit., n° 1575, p. 232; Lyon 7 juin 1884.2.22.

(512) Comp. supra, n° 442.

444. - Si l'on excepte le rapprochement avec l'usufruit, aucune autre difficulté ne vient troubler la mise en oeuvre de l'article 549 du Code civil : "le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement". Voilà consacré d'une manière sensiblement plus claire et plus rigoureuse qu'en droit allemand le principe qui fait du possesseur le propriétaire des fruits et revenus. Il est vrai que la place des articles 549 et 550 est à cet égard plus significative que celle du § 993. Ce dernier se perd au sein d'un ensemble de dispositions multiples et détaillées, ayant pour ambition d'empêcher tout conflit entre le possesseur et le propriétaire. Les dispositions du Code civil ont une portée beaucoup plus modeste : au droit d'accession du propriétaire, elles se contentent d'apporter une exception en faveur du possesseur de bonne foi.

§ 2 : Conditions de l'acquisition des fruits et revenus.

445. - Les conditions dans lesquelles le Code civil et le B.G.B. accordent au possesseur de bonne foi la propriété des fruits ont fait l'objet de controverses au sein de chacun des deux droits, ce qui les a conduit à choisir des solutions sensiblement divergentes. Ainsi, à s'en tenir à la lettre des articles 549 et 550 du Code civil, seul le cas où le possesseur, ayant traité avec un tiers, se trouve en conflit avec un propriétaire revendiquant y est envisagé. Mais il a été admis sans difficulté que l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi intervenait chaque fois que ce dernier était tenu d'une obligation de restitution, fût-ce à la suite d'une action personnelle du propriétaire (513). Cette règle connaît pourtant deux tempéraments. Le premier consiste à écarter l'article 549, lorsque le titre de l'acquéreur se trouve rétroactivement anéanti par l'effet d'une condition résolutoire ou par l'exercice d'une action en résolution. La rétroactivité de la résolution, estime-t-on, rend à celui qui en béné-

(513) AUBRY-RAU, op. cit., § 206, n° 223, p. 368-PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 181 - MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 44, p. 54.

ficie la jouissance de la chose pendant le temps où il n'en a pas eu la possession ; le possesseur ne peut donc conserver les fruits (514). A dire vrai, il devrait en être de même en cas de nullité, cette dernière n'étant pas moins rétroactive que la résolution. Peut-être faut-il trouver une explication de cette thèse dans le fait que la rétroactivité de la résolution est, en quelque sorte, "intentionnelle"(515). Lorsque son titre est assorti d'une condition résolutoire, l'acquéreur, c'est-à-dire le possesseur, prend un risque qu'il doit assumer au moment où la condition se réalise. De même, c'est son comportement fautif qui sera à l'origine de l'action en résolution. Dans ces conditions, la restitution des fruits fait figure de sanction prononcée à son égard (516).

La seconde exception vise les hypothèses particulières où la restitution des fruits fait l'objet de dispositions légales particulières (517). Celles-ci ont tout naturellement pour conséquence d'écarter l'application de l'article 549 du Code civil.

En droit allemand, la question du domaine d'intervention du § 993 se rattache à une controverse plus générale, visant à déterminer l'exacte portée des §§ 987 à 993 du B.G.B. . On a été en mesure de constater que si doctrine et jurisprudence se sont prononcées pour une application exclusive de ces dispositions, de nombreuses exceptions viennent tempérer ce principe (518). Mais la question peut être examinée sous un autre angle, du moins en ce qui concerne l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi. L'application du § 993 est-elle nécessairement subordonnée à celle du § 985 du B.G.B.? Autrement dit, le § 993 ne concerne-t-il que les rapports entre un possesseur et un propriétaire revendiquant ? La question mérite d'ê-

(514) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 182.

(515) L'expression est de PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 182.

(516) Cf. ESMEIN in AUBRY et RAU, op. cit., § 206, p. 369, note 5.

(517) On fait ici allusion à la rescision de la vente d'immeuble pour lésion de plus des sept douzièmes-art.1682 C.C., au rapport dû par un héritier-art. 856 C.C.,- et à la réduction des libéralités portant atteinte à la réserve-, art. 928 du C.C.

(518) Cf. supra, n° 325.

tre posée, dans la mesure où il est admis que le propriétaire, s'il est uni par des liens contractuels au possesseur, a le choix entre l'exercice des actions personnelles et celui de la revendication (519). Il est donc nécessaire de se demander si le § 993 ne peut être que la conséquence d'une action en revendication ou si, au contraire, il s'applique dès que le possesseur est tenu de restituer. Sur cette question, les auteurs demeurent très divisés et évitent toute affirmation de principe (520). Peut-être la question est-elle mal posée, ou du moins ne se pose-t-elle pas de cette manière. Ainsi, lorsque le titre du possesseur est nul, il n'empêche que sa possession a été régulière, ce qui fait obstacle à toute action en revendication (521). Que se passe-t-il dès lors que le propriétaire use de ses actions personnelles ? L'on admet généralement que le possesseur sera tenu de restituer les fruits. Mais il le sera, non pas tant parce que le § 993 aura été déclaré inapplicable, mais parce que sa situation aura été assimilée à celle du possesseur à titre gratuit ; or ce dernier est tenu de restituer les revenus (522). Ainsi, dans une hypothèse où le possesseur français conserve les fruits, le possesseur allemand est tenu d'une obligation de restitution. Le § 993 peut donc être totalement inopérant, lorsque le propriétaire recourt aux actions qui lui sont personnelles.

446. - A partir du moment où il est acquis que le possesseur est en mesure d'invoquer l'article 549 du Code civil ou le § 993 du B.G.B., la bonne foi est au premier rang des conditions qu'il doit remplir.

(519) PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 985,3,a-STAUDINGER, op. cit., § 985,1.-B.G.H. 21 décembre 1960, B.H.Z. 34,123-Cf. à propos de cette décision les critiques de RAISER,"Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen", précité n° 400, note 305. La question demeure néanmoins très discutée : cf. SOERGEL, op. cit., Rem. prél. §§987 à 993, 14 à 22.

(520) SOERGEL, op. cit., Rem. prél. § 987, 11 et 17-STAUDINGER, op.cit., § 987, 2.

(521) STAUDINGER, op. cit. § 985,1-La doctrine,unanimement cette fois, admet que l'action en revendication ne peut concerner qu'un possesseur irrégulier.

(522) Cf. infra, n° 448.

En droit français, l'article 550 du Code civil la définit ainsi : "le possesseur est de bonne foi quand il possède comme propriétaire, en vertu d'un titre translatif de propriété dont il ignore les vices". Et l'alinéa 2 de cette même disposition précise que la bonne foi cesse du jour où le possesseur connaît les vices de son titre. Existence d'un titre et ignorance de ses vices sont donc les deux éléments constitutifs de la bonne foi (523). Ainsi définie, elle est fort éloignée de celle exigée en matière d'usucapion abrégée, où le juste titre est une condition autonome et non un simple élément d'appréciation de la bonne foi (524).

Selon la lettre même de l'article 550, le titre doit nécessairement avoir un caractère translatif. Il est donc exclu que le possesseur puisse recourir à des actes qui par eux-mêmes ne transfèrent pas la propriété, tels le contrat de bail, la constitution d'un gage ou le dépôt (525). Ainsi l'acquéreur d'un immeuble ne peut-il invoquer l'erreur de droit constitutive de bonne foi, lorsqu'ayant contracté sous condition suspensive défaillie de son fait, il n'a pu ignorer le caractère non translatif de son titre (526). Les actes de partage devraient également figurer au nombre de ceux auxquels le possesseur ne peut se référer. Cependant, les tribunaux adoptent à leur égard des solutions plus libérales qu'en matière d'usucapion abrégée, en acceptant de les considérer comme des justes titres (527). A dire vrai, l'exigence d'un titre translatif de propriété peut paraître contestable : "pourquoi celui qui a perçu en vertu dun titre déclaratif qu'il croit valable, ne serait-il pas admis à conserver les fruits"? (528) . Seul devrait être pris en considération le fait d'avoir cru pouvoir percevoir les fruits en vertu du titre possédé.

---

(523) Toulouse, 27 mai 1878, D.1879,2,141-Com.5 mai 1970,Bull.civ.IV, n° 147, p. 133-Com. 13 avril 1972, Bull.civ.IV,n° 98,p. 97.

(524) Cf. supra, n° 430.

(525) Civ. 1°, 22 mars 1954, Bull.civ. I, n° 102, p. 85.

(526) Civ. 3°, 23 mars 1968, Bull.civ.III, n° 138, p. 109.

(527) Req. 2 août 1849, D.P. 1851.5.287.

(528) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 44, p. 53 - Dans le même sens, MAZEAUD, op. cit., n° 1573.

L'exigence d'un titre translatif paraît d'autant plus contestable que ce titre peut être nul ou putatif (529). Peu importe, est-il unanimement admis, que le titre soit entaché d'un vice de forme ou de fond, qu'il soit sous le coup d'une nullité relative ou absolue. En toutes circonstances, il doit pouvoir servir à justifier la bonne foi du possesseur (530). Bien évidemment, cette bonne foi doit nécessairement exister, comme ne manque pas de le préciser l'article 550 du Code civil, à l'égard des vices dont est entaché le titre. En d'autres termes, il ne suffit pas que le possesseur ait cru avoir acquis, grâce à son titre, la propriété du bien ; encore faut-il qu'il ait cru que ce titre était exempt de tous vices (531). Il faut reconnaître que les tribunaux se montrent particulièrement bienveillants à l'égard du possesseur. Ils admettent que la bonne foi puisse résulter aussi bien d'une erreur de fait que d'une erreur de droit (532). Cependant, sur le terrain de la preuve, la situation du possesseur n'est pas tout à fait la même, selon qu'il invoque l'une ou l'autre. En cas d'erreur de droit, il est permis de se demander si le possesseur ne doit pas justifier de l'erreur ainsi commise, nul n'étant censé ignorer la loi (533). Il est pourtant une hypothèse où doctrine et jurisprudence tempèrent leur libéralisme : lorsque le titre est nul comme contraire à l'ordre public (534). En pareille occurrence, il semble que le possesseur ne puisse être de bonne foi : celle-ci doit être exclue, non seulement si le possesseur a connu la prohibition, mais

(529) Comp. supra, n° 430.

(530) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 176-WEILL, op.cit., n° 399.

(531) PLANIOL et RIPERT, op. cit., ibidem-Civ. 19 décembre 1864, D.P.1865, 1, 116.

(532) "Il importe peu que l'ignorance du possesseur provienne d'une erreur de droit ou de fait, puisque l'article 550 ne distingue pas ces deux causes d'erreur", Civ. 11 janvier 1887, S.1887.1.225-En revanche, l'acquéreur ne peut invoquer une erreur de droit lorsqu'il a contracté sous condition suspensive défaillie de son fait: Civ. 23 mars 1968, précité note 526.

(533) En ce sens : AUBRY et RAU, § 206, p. 372-Contra avec des nuances diverses : PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 177.

(534) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 174-Civ. 19 décembre 1864, précité n° 531.

également lorsqu'il aurait dû la connaître. Point n'est donc besoin de recourir à l'idée d'une prohibition d'ordre public (535).

Dernier trait qui achève de distinguer l'article 550 des règles de l'usucapion décennale : le possesseur peut invoquer un titre qui n'existe que dans son imagination, c'est-à-dire un titre putatif. La simple croyance dans l'existence du titre suffit ainsi à suppléer l'absence de titre (536). Mais lorsque le possesseur invoque un tel titre, il doit démontrer que sa croyance était plausible ; la preuve de sa bonne foi repose alors sur ces épaules (537).

La bonne foi s'apprécie, non au moment de l'entrée en possession, mais au jour de la perception des fruits. Cela permet d'affirmer qu'elle couvre "beaucoup plus l'irrégularité juridique de la perception que celle de la détention de la chose frugifère" (538).

447. - Si la bonne foi n'est pas expressément envisagée par le § 993 du B. G. B., elle n'en est pas moins une condition de l'acquisition des fruits. Le possesseur ne conserve les "Nutzungen" que pour autant qu'il ne se trouve pas dans l'une des situations décrites dans les §§ 987 à 992 (539). Parmi ces circonstances, la mauvaise foi figure en bonne place et justifie à elle seule le § 990 du B. G. B. (540). Si l'on se souvient que le possesseur est de mauvaise foi chaque fois qu'il sait qu'il n'a aucun droit à la possession ou qu'il l'ignore par négligence grossière (541), on conçoit aisément que la définition de la bonne foi ne recouvre pas totalement celle de l'article 550

(535) MARTY-RAYNAUD, op.cit.,n° 44, p. 53, note 1-AUBRY et RAU,op.cit., § 206, p. 371, note 15.

(536) Civ.21 janvier 1852, D.1852.1.56, où une personne se croyait seule héritière- Civ.1°,5 décembre 1960,Bull.civ.I,n° 527,p.431-PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 175.

(537) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 177.

(538) VOUIN, op.cit.(n° 363,note 152),n° 177,p.325-Civ.24 mai 1848, S. 1849.1.125.

(539) Cf. § 993, supra, n° 442.

(540) Le § 991 s'applique, quant à lui, aux hypothèses de dédoublement de la possession. Pour ces deux textes, cf. supra, n° 323.

(541) Cf. supra, n° 323.

du Code civil. Le possesseur doit croire à son propre droit et non à celui de son auteur. Mais comme le B. G. B. ne dit mot des éléments qui démontreront cette bonne foi, en pratique les choses se passeront comme en droit français. Le possesseur devra prouver qu'il a eu toutes les raisons de croire qu'il était autorisé à posséder le bien, et parmi ces raisons l'existence d'un juste titre ne sera pas négligeable. Toutefois, la portée du juste titre doit être nuancée. Ce dernier n'est pas, comme en droit français, un élément constitutif de la bonne foi. S'il fait défaut ou s'il est vicié, le possesseur ne sera pas nécessairement de mauvaise foi (542). Cela ne signifie d'ailleurs pas qu'il conservera pour autant les "Nützungen" (543). En définitive, seule est commune aux deux législations la condition et non la notion de bonne foi.

448. - Des deux côtés du Rhin, lorsque défaillent les conditions du § 993 et celles des articles 549 et 550 du Code civil, le possesseur doit restituer les fruits et le bien.

Plusieurs hypothèses de restitution sont communes, au moins dans leur principe, aux droits français et allemand. On peut simplement constater que nombre de solutions françaises d'origine jurisprudentielle font l'objet d'une disposition expresse en droit allemand. Ainsi, aux termes du § 987 du B. G. B., le possesseur doit restituer les fruits qu'il retire depuis la survenance de la litispendance. La jurisprudence française consacre une solution identique (544). Celle-ci ne peut s'expliquer que par l'effet déclaratif du jugement, car au moment où le possesseur est actionné en revendication, il peut légitimement continuer à être de bonne foi (545). Les auteurs allemands par-

(542) SOERGEL, op. cit., § 990, 6.

(543) Cf. infra, n° 548.

(544) Civ. 23 décembre 1840, S. 1841.1.136.

(545) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 180.

tagent cette explication, mais insistent sur le fait qu'à partir du moment où le possesseur est actionné en justice, il doit s'attendre à perdre la possession de son bien, et, dans cette mesure, il peut être considéré comme étant le gardien d'un bien appartenant à un tiers (546). Toutefois le § 987 est plus avantageux pour le possesseur ; il n'impose pas une restitution pure et simple, cette dernière devant obéir aux règles de l'enrichissement sans cause.

Bien évidemment, le possesseur de mauvaise foi ne peut conserver les fruits du jour où il a eu connaissance de son défaut de droit sur le bien possédé (547).

Dans une certaine mesure le droit allemand se montre plus sévère que le Code civil ; au possesseur de bonne foi, mais ayant acquis à titre gratuit, il impose la restitution des fruits selon le mécanisme de l'enrichissement sans cause (548). En l'occurrence cependant, ce n'est pas tant le § 988 qui importe que l'interprétation jurisprudentielle qui en a été faite. A l'acquisition à titre gratuit, a été assimilée celle qui est faite sans droit ou celle qui se révèle être nulle par la suite (549). Cette extension du § 988 est loin de

(546) STAUDINGER, op. cit., § 987, 2.

(547) § 990 alinéa 1 in fine ; cf. supra, n° 323, note 420-Civ. 18 janvier 1936, S. 1936.1.106 où il a été admis que l'obligation de restitution prenait naissance au moment où le possesseur a eu connaissance de la nullité de son titre. Au possesseur de mauvaise foi, doit être assimilé celui qui s'est emparé frauduleusement du bien ; § 992 du B. G. B., cf. supra, n° 324.

(548) "Lorsque celui qui possède la chose, soit à titre de propriétaire, soit en exerçant sur elle un droit d'usage qui en réalité ne lui appartient pas, a acquis sa possession à titre gratuit, il doit restituer au propriétaire les profits qu'il en a retirés avant l'introduction de l'instance, conformément aux dispositions relatives à l'enrichissement sans cause" (§ 988 du B. G. B.).

(549) R.G. 30 octobre 1940, R.G.Z. 163, 348-B. G. H. 8 octobre 1953, B. G. H. Z. 10, 350 (357)- B. G. H. 25 février 1960, B.G.H.Z. 32, 76 - Cf. les réserves de STAUDINGER, op. cit., § 987,10 - SOERGEL, op. cit., § 988, 2.

faire l'unanimité, mais on ne peut en nier l'importance (550). Elle permet au droit allemand de rejoindre le Code civil, au moins dans une certaine mesure. Ainsi, bien que le titre ne soit pas un élément constitutif de la bonne foi, sa nullité ou ses vices obligeront le possesseur à restituer les fruits sur le fondement de l'enrichissement sans cause. On est alors très près des solutions françaises : mais celles-ci paraissent plus favorables au possesseur, puisque seule est prise en compte la connaissance dela nullité et non la nullité en tant que telle (551). Autrement dit, en droit allemand, le possesseur doit pouvoir justifier d'une acquisition régulière de la possession, alors que le Code civil se contente de l'ignorance de l'irrégularité.

Tenu de restituer dans les conditions qui viennent d'être décrites, le possesseur doit rendre non seulement les fruits perçus, mais également ceux qu'il a négligé de percevoir (552). Les tribunaux français admettent cependant qu'il n'est pas tenu de restituer les fruits issus des améliorations qu'il a apportées au bien (553). Une telle solution suppose que l'on réussisse à faire la distinction entre les deux catégories de fruits, et, de toute manière, elle peut paraître trop favorable au possesseur de mauvaise foi, auteur des améliorations sur un bien qu'il savait appartenir à un tiers (554). Toujours est-il que le droit allemand ignore une telle faveur envers le possesseur.

(550) SOERGEL,op.cit., Rem.prél. § 987,11 et s.-Sur les conséquences de cette interprétation, cf.notamment : WIELING"Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen", A.c.P. 169,137-MÖLLER-FREIENFELS,"Zur Haftung des Käufers für Nutzungen bei nichtigem Kaufvertrag", Dogm.J.89, p. 345.

(551) Cf. supra, n° 446.

(552) § 987 alinéa 2 - Civ. 2 avril 1878, S. 1879.1.261.

(553) Civ. 20 juin 1967, D. 1968, J.,32 ; Rev.trim.dr.civ.1968,397, obs. BREDIN.

(554) L'on peut cependant rappeler que le possesseur, même de mauvaise foi, conserve les améliorations, si celles-ci constituent des impenses nécessaires : supra, n° 316.

449. - En fin de compte, et quels que soient les points de convergence entre les deux législations, le droit allemand paraît beaucoup plus exigeant à l'égard du possesseur. Le B. G. B. ne consent à lui laisser les "Nutzungen" que s'il est de bonne foi, s'il justifie d'un juste titre et s'il a acquis le bien à titre onéreux. A cet égard, la terminologie dont use la doctrine allemande est particulièrement significative. Loin d'envisager la question sous l'angle de l'acquisition des fruits par le possesseur de bonne foi, elle parle plus volontiers d'une action en restitution offerte au propriétaire (555). Il est vrai que cette différence d'optique s'explique, pour une large part, par la place qu'occupent les §§ 987 à 993 et qui les fait essentiellement apparaître comme de simples conséquences de l'action en revendication exercée par le véritable propriétaire du bien.

* * * * *

450. - Après avoir ainsi examiné tous les aspects de la fonction acquisitive de la possession, deux remarques, sous forme de conclusions, s'imposent.

Nous avons pu constater sans peine que la possession qui conduit à la propriété n'est pas exactement celle que consacre le § 854 du B. G. B. . Ce sont donc, cette fois, les principes du droit allemand qui connaissent les aménagements les plus importants, car de la "Gewalt" à la possession "animo domini", il y a plus qu'une nuance. A dire vrai, en exigeant une possession à titre de propriétaire, le B.G.B. procède à une véritable amputation de sa propre notion de possession. Cela seul permet un rapprochement entre les deux législations.

Toutefois, cette convergence ne doit pas tromper. Les mécanismes qui, dans les deux droits , conduisent à la propriété ne sont pas, et de loin, comparables en tous points. Tant en matière mobilière qu'immobilière, les divergences demeurent nombreuses et sensibles. Mais peut-être ne sont-elles pas toutes dues à la seule possession. La mise en oeuvre de celle-ci n'est pas seulement fonction de données qui lui

(555) "Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen"-SOERGEL, op.cit., Rem.préli. § 987, 1.

sont propres, mais dépend tout autant du cadre juridique dans lequel elle est appelée à intervenir. Ainsi, les effets attachés en droit français à la possession mobilière témoignent-ils avant tout d'une volonté de faire obstacle à toute revendication. L'absence, outre-Rhin, d'une semblable préoccupation, explique la voie différente choisie en ce domaine par le B. G. B.. Parfois,cependant,la possession est assez forte pour faire triompher ses propres impératifs. Cela est particulièrement vrai en droit allemand où, contrairement à toute attente, la possession peut tout aussi bien confirmer qu'infirmer les inscriptions du livre foncier. L'importance du rôle dévolu à la possession en tant que mode d'acquisition de la propriété est ainsi largement tributaire de données propres à chacune des deux législations.

CHAPITRE III : LA POSSESSION ET LA CREATION D'UNE SITUATION JURIDIQUE NOUVELLE.

451. - La protection possessoire, tout comme l'acquisition de la propriété, éclaire sous un jour singulier cet état de fait dont on dit qu'il suffit à définir la possession. En réalité, nombre d'effets attachés à cette dernière conduisent précisément à ne pas se limiter aux apparences. Au delà de la situation de fait, c'est du droit sous-jacent dont on se préoccupe. N'est-ce pas parce que le plus souvent la possession et la propriété se confondent, qu'il a paru possible de protéger la première et de lui reconnaître une fonction acquisitive ?

Il n'est dès lors guère étonnant qu'en certaines circonstances, le rôle de la possession ne s'explique que par référence au droit qu'elle est censée concrétiser. Cela se vérifie déjà lorsque la possession conduit à elle seule à la propriété, mais cela est plus particulièrement le cas, chaque fois que le transfert de la possession est une condition du transfert de la propriété (Section 1). Certes, en pareille circonstance, la situation juridique nouvellement créée est due à un acte juridique et non à la seule possession ; elle en est cependant une condition nécessaire. Ce rôle, la possession ne le remplit pas seulement en cas de transfert de la propriété. Nombre d'auteurs estiment que d'autres situations juridiques, d'origine conventionnelle, voient leur efficacité subordonnée à un transfert de la possession. On se réfère ainsi à la théorie des contrats réels où le transfert de la possession est tout autant une condition de formation qu'un mode de preuve (Section II).

Section I : TRANSFERT DE LA POSSESSION ET TRANSFERT DE LA PROPRIETE.

452. - Subordonner la transmission de la propriété à celle de la possession, c'est reconnaître que le seul accord de volonté est insuffisant à opérer pareille mutation. Cette constatation préliminaire suffit à mettre en évidence ce qui, en l'espèce, sépare le droit français du droit allemand : seul ce dernier ignore la règle du transfert immédiat de la propriété, règle que consacre au contraire le Code civil (§ 2). Tout rapprochement entre les deux législations n'est cependant pas dépourvu d'intérêt, dans la mesure où l'on a pu se demander s'il n'arrivait pas au droit français de lier le transfert de la propriété à celui de la possession (§ 1).

§ 1 : Possession et transfert instantané de la propriété en droit français.

453. - En droit romain, l'aliénation de la propriété supposait l'accomplissement de formalités particulières. Toute transmission du droit de propriété nécessitait, d'un côté, un contrat engendrant des obligations personnelles, et de l'autre, une tradition constituée par un acte spécial aux formes multiples. Cependant, et plus particulièrement pour les immeubles, le droit romain connaissait des modes de transmission sans tradition réelle. L'ancien droit français s'est largement inspiré des principes romains, mais, parallèlement, il a poursuivi l'oeuvre de simplification, allant jusqu'à substituer à la tradition la clause de dessaisine-saisine où le vendeur déclare se dépouiller de la possession au profit de l'acquéreur (1).

Renonçant à toute fiction, les rédacteurs du Code civil décidèrent qu'il était plus simple de dire que le contrat transfère la propriété, sans qu'il soit besoin de recourir à une quelconque tradition. Sur ce point, l'article 1138 ne laisse aucun doute : "l'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes". L'article 938 est encore plus significatif, lorsqu'il dé-

(1) Sur cette évolution, cf. notamment : PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 619 - CARBONNIER, op.cit., n° 40, p. 134 - WEILL, op.cit., n° 511.

clare que l'acquéreur devient propriétaire" sans qu'il soit besoin d'autre tradition". Importante innovation juridique, le système du Code civil apportait cependant peu de changement, puisqu'il ne faisait que consacrer la pratique antérieure.

Si la règle énoncée par l'article 1138 du Code civil permet d'affirmer qu'en droit français le transfert de la propriété est instantané cela n'est exact que lorsque les parties n'ont à cet égard formulé aucun voeu particulier ; il leur est toujours possible de retarder la transmission du droit de propriété. L'article 1138 signifie simplement que la tradition est réputée faite à l'époque où les parties ont voulu la placer (2). En cela le Code civil reste fidèle à la règle traditionnelle : les contrats continuent d'engendrer une obligation de donner, mais cette obligation est réputée exécutée aussitôt qu'elle est apparue. La clause de dessaisine-saisine reste donc sous-entendue (3).

454. - Un tel mécanisme ne confère pas à la possession de rôle particulier. A aucun moment, elle n'apparaît comme une condition nécessaire au transfert du droit de propriété. L'on s'est pourtant demandé si tel n'était pas le cas dans le cadre de l'article 1141 du Code civil. Ce texte dispose que "si la chose qu'on est obligé de donner ou de livrer à deux personnes successivement est purement mobilière, celle des deux qui a été mise en possession réelle est préférée et demeure propriétaire, encore que son titre soit postérieur en date, pourvu toutefois que la possession soit de bonne foi".

Cette disposition ne signifie-t-elle pas qu'entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble, seul est propriétaire celui qui a reçu la chose entre ses mains ? N'est-ce pas la tradition du bien

(2) PLANIOL et RIPERT, op. cit., n° 620.
(3) WEILL, op. cit., n° 512.

qui confère la propriété et non l'accord des parties ? Telle a été, en effet, l'explication que certains auteurs ont donnée de l'article 1141. A leurs yeux, la vente d'un meuble ne serait parfaite qu'entre les parties, mais non à l'égard des tiers. L'aliénateur demeurerait propriétaire jusqu'à la tradition, ce qui expliquerait qu'il puisse vendre le bien à un second acquéreur qui, lui, deviendra propriétaire grâce au transfert de la possession (4).

Toutefois, cette thèse a été rapidement abandonnée. Il est vrai qu'elle suscitait nombre d'objections. Tout d'abord, si elle correspondait bien à la lettre de l'ancien droit, elle était dépassée par sa pratique. On sait que la nécessité d'une tradition réelle avait fini par succomber sous les coups des traditions feintes et de la clause de dessaisine-saisine (5). Il aurait été paradoxal que les rédacteurs du Code civil, désireux avant tout d'entériner la pratique antérieure, rétablissent la tradition, qui plus est en matière mobilière. D' un autre côté, on ne peut affirmer que l'aliénateur demeure propriétaire jusqu'à la transmission du bien, la Cour de cassation ayant refusé à ses créanciers de saisir entre ses mains le meuble vendu (6). Enfin, puisque le droit de propriété demeure ainsi sur la tête du vendeur, pourquoi exiger la bonne foi de l'acquéreur (7) ?

En réalité, si l'article 1141 suppose la bonne foi du tiers acquéreur, c'est tout simplement que l'on se trouve en présence d'une acquisition "a non domino". En vendant le meuble une première fois, l'aliénateur a perdu définitivement son droit de propriété, même s'il conserve la détention du bien. Le second acquéreur traite donc avec un "non dominus", et l'on retrouve ici les conditions d'application de l'article 2279 du Code civil, dont la bonne foi n'est pas la moins

(4) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 418, note 3-RIPERT-BOULANGER, op.cit., n° 2869, note 1.

(5) Cf. supra, n° 453.

(6) Req. 24 juin 1845, D.P. 1845.1.309.

(7) MARTY-RAYNAUD, op. cit., n° 418, p. 413.-PLANIOL et RIPERT, op.cit., n° 621-WEILL, op. cit., n° 516.

importante (8).

Ainsi l'article 1141 n'est-il qu'une application particulière de l'article 2279 (9). Comme ce dernier, il n'a trait qu'aux meubles et exige la bonne foi du tiers acquéreur, ainsi qu'une possession réelle. Cette dernière condition est, dit-on, destinée à assurer la protection des tiers, la possession jouant ainsi le rôle d'une publicité de fait (10). Mais de quels tiers s'agit-il, et de quoi faut-il les avertir ? Celui qui a intérêt à être en possession du bien, c'est le premier acquéreur. Il est, de la sorte, assuré de conserver son droit, sa possession devant attirer l'attention des tiers et leur éviter de traiter avec celui qui n'est plus propriétaire. En pareille circonstance, on n'a que faire de l'article 1141. Ce dernier n'est intéressant que lorsque le propriétaire a vendu son meuble deux fois et qu'il a mis en possession le second acquéreur, celui-ci devenant ainsi propriétaire. L'exigence d'une possession réelle se rattache donc au mécanisme de l'article 2279 (11).

Quoiqu'il en soit, la possession retrouve en pareille hypothèse une fonction acquisitive. Il est alors permis d'affirmer que l'article 1141 n'est d'aucune façon une survivance des anciennes techniques formalistes. Aussi le transfert de la possession n'est-il jamais, en droit français, une condition de la transmission du droit de propriété, exception faite du don manuel.

§ 2 : Possession et tradition des meubles en droit allemand.

455. - Par opposition au droit français, le B. G. B. ne se

(8) Cf. supra, n° 363.
(9) Cf. auteurs cités note 7.
(10) WEILL, op. cit., n° 512 - CARBONNIER, op. cit., n° 39, p. 132.
(11) Et pourtant l'on sait que la nécessité d'une possession réelle n'est pas expressément prévue par l'article 2279, mais que précisément l'on se réfère à l'article 1141 ... ce qui conduit d'ailleurs à des solutions fort contestables ; Cf. supra, n° 357.

satisfait pas du seul contrat pour opérer le transfert de la propriété. Qu'il s'agisse d'un meuble ou d'un immeuble, par le contrat de vente, le vendeur est tenu de délivrer le bien à l'acheteur et de lui faire acquérir la propriété (12). Le transfert de la propriété exige, quant à lui, un acte particulier qui, même simultané, ne s'identifie pas avec le rapport purement causal (13).

Cet acte se décompose en deux phases. La première est réalisée par l'accord des volontés en vue du transfert de la propriété ("Einigung"). La seconde est constituée par l'élément réel proprement dit. S'il s'agit d'un meuble, le vendeur doit en faire tradition à l'acquéreur ("Uebergabe"). C'est donc en pareille circonstance que le transfert de la possession opère transmission de la propriété. Dans le cas d'une vente d'immeuble, la tradition est purement fictive : le § 873 du B. G. B. lui substitue une inscription au livre foncier (14).

Ainsi, comme en droit romain, le droit allemand a-t-il maintenu la distinction entre l'acte causal, générateur d'obligations personnelles, et l'acte abstrait, seul susceptible de réaliser la transmission du droit de propriété (15). En matière mobilière, cette solution contribue à faire de la possession un mode de transfert de la propriété (16). Entre les systèmes imaginés par le B. G. B. et le Code civil, l'opposition paraît donc totale. Il serait cependant illusoire de croire que le droit allemand ignore les simplifications que connaissait l'ancien droit français. Ce qui est remarquable, c'est que ces exceptions sont également dues à la possession. Le rôle de cette dernière en matière de transmission de la propriété mobilière est donc loin d'être négligeable.

---

(12) § 443 alinéa 1 du B. G. B.

(13) Cette distinction vaut également pour la constitution d'un gage ou d'un usufruit. Comp. infra, n° 462.

(14) Cf. supra, n° 411.

(15) Sur cette distinction cf. RIEG, op. cit. (n° 110, note 106), n° 278 et s.

(16) WAELBROECK, op.cit. (n° 230, note 29), p. 31 et s. - WEIMAR, "Rechtsfragen zu Besitz- und Eigentumsverschaffung", M.D.R. 1970, 388.

456. - Pour un meuble, le transfert du droit de propriété suppose "que le propriétaire fasse tradition de la chose à l'acquéreur, et qu'il y ait de part et d'autre accord de volonté pour opérer un tel transfert..." (17). L'ensemble de l'opération constitue, selon la terminologie allemande, un acte juridique réel abstrait ("ein abstraktes dingliches Rechtsgeschäft").

L'accord des volontés ne mérite guère de retenir l'attention, si ce n'est pour souligner qu'il ne doit en aucun cas être confondu avec le consentement qui a donné naissance au contrat de vente. Les deux actes sont distincts, même si certaines interférences peuvent se produire (18). La séparation entre acte causal et acte abstrait rend inutile une disposition comparable à celle de l'article 1141 du Code civil. Si le vendeur se rétracte avant la délivrance et revend le meuble à un second acquéreur, seul ce dernier acquiert la propriété, pour peu que la chose lui soit transmise. Le résultat est identique en droit français, mais s'explique tout autrement. Puisque dans le Code civil le transfert de la propriété s'opère instantanément, le vendeur se rend coupable de détournement et l'acquéreur ne tient son droit qu'en application de la règle "en fait de meubles...". Dans le système du B. G. B., il ne peut y avoir un conflit de cet ordre entre deux acquéreurs successifs d'un même meuble. Dans la mesure où le premier acquéreur n'a pas pris possession de son bien, le droit de propriété de l'aliénateur demeure intact. La seconde vente est donc parfaitement valable, même si le tiers est de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il a eu connaissance de la première vente. Les droits du tiers acquéreur résultent des principes posés par le § 929 et non des règles de l'acquisition "a non domino".

La tradition qui doit nécessairement accompagner et concrétiser l'accord des volontés, se réalise normalement par la remise du

(17) § 929 du B. G.B. . Cf. SCHMITZ, "Grundfälle zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen", JuS.1975, p.447, 572 et 717 ; JuS.1976,169.

(18) Cf. supra, n° 368.

bien à l'acheteur. Ce transfert repose sur deux faits distincts, mais complémentaires. Tout d'abord, le vendeur doit mettre fin à sa propre possession. C'est dire qu'il doit avoir la volonté, d'une part, de cesser d'exercer sur le bien un quelconque pouvoir de maîtrise, et, d'autre part, de transmettre ce pouvoir à l'acquéreur. Il n'y aura ainsi transfert de la possession que pour autant que le vendeur perde toute parcelle du pouvoir de maîtrise au profit de son ayant cause (19). Lorsque le meuble est entre les mains d'un tiers, la tradition est réalisée si ce tiers le transmet à l'acquéreur sur ordre du vendeur (20). Les tribunaux exigent ainsi que le dessaisissement apparaisse clairement aux yeux des tiers ; ceux-ci doivent être en mesure de se rendre compte du changement qui s'est opéré (21).

Le vendeur une fois dessaisi de sa possession, c'est à l'acquéreur qu'il revient d'en exercer les prérogatives. En principe, l'acheteur doit obtenir la possession directe du meuble (22). La tradition est cependant également réalisée, lorsque la possession est remise à un détenteur subordonné dépendant de l'acquéreur ou lorsque le vendeur devient lui-même détenteur subordonné (23). Mais est-elle encore réalisée, lorsque le bien est remis sur les indications de l'acquéreur à un tiers qui n'est à son égard, ni possesseur direct("Besitzmittler"), ni détenteur subordonné ? En pareil cas,il y a bien une tradition au sens du § 929 du B. G. B., puisque, d'une part, le vendeur a perdu toute possession et que, d'autre part, la possession du tiers ne s'explique que par la volonté de l'acquéreur. Il semble donc possible de décider que la propriété a été effectivement transmise (24).

Au regard des mécanismes imaginés par le § 929 du B. G. B., on ne peut nier l'importance du rôle dévolu à la possession. Elle est

(19) R.G. 23 décembre 1902,R.G.Z. 53,218(220)-R.G. 10 juin 1932,R.G.Z. 137, 23 (25).
(20) B. G. H. 8 novembre 1972, L. M. n° 22 zu § 929 ;M.D.R. 1973,214 ; J. Z. 1973, 169. Comp. supra, n° 360.
(21) R. G. 5 mai 1936, R. G. Z. 151, 184, note SIEBERT in J.W.1936,2453.
(22) Comp. infra, n° 457, 458 et 459.
(23) WESTERMANN, op. cit., § 39,III - STAUDINGER, op.cit., § 929,18.
(24) STAUDINGER,op.cit.,§929,18-WESTERMANN,op.cit.,§39,II-SOERGEL,op.cit., § 929,7.

tout autant une condition qu'un mode de preuve du transfert de la propriété mobilière. Mais il serait inexact de croire que l'intervention de la possession se limite aux seules hypothèses de tradition réelle. Bien au contraire, le B. G. B.continue d'en user largement, alors même qu'il s'agit de tempérer les exigences du § 929.

457. - A l'image des usages en vigueur dans l'ancien droit français, le B.G. B. apporte plusieurs atténuations à la stricte nécessité d'une tradition réelle. Ce faisant, il s'inspire pour une bonne part des mécanismes propres à la possession.

C'est ainsi que le § 929 lui-même précise que "si l'acquéreur est déjà en possession du bien, le transfert de la propriété se réalise par le seul accord des volontés". Il n'y a là qu'un aménagement de la règle posée par l'alinéa 2 du § 854, qui veut que l'accord des volontés soit suffisant pour l'acquisition de la possession, lorsque l'acquéreur est en mesure d'exercer son pouvoir sur la chose (25). Il est certain que lorsqu'un acquéreur est en possession du bien, imposer une tradition réelle relèverait du non sens ; une "traditio brevi manu" est tout à fait suffisante. Compte tenu cependant des conceptions allemandes, plusieurs situations doivent être distinguées. La plus simple est celle où l'acquéreur est possesseur direct et où le seul accord des volontés suffit à opérer le transfert de la propriété (26). Lorsqu'un tiers est possesseur direct ("Besitzmittler") du vendeur, seul sera nécessaire le transfert de la possession médiate ; une fois l'opération accomplie, ce tiers possèdera pour le compte de l'acquéreur. En revanche, le § 929 ne concernant qu'un possesseur, ses conditions ne seront pas satisfaites si l'acquéreur est simplement détenteur subordonné (27). La "traditio brevi manu" est ainsi le pre-

(25) Comp. cependant supra, n° 195.

(26) Il n'est d'ailleurs même pas nécessaire qu'entre le vendeur et l'acquéreur existe une "Besitzmittlungsverhältnis".Cf.STAUDINGER, op. cit., § 929, 30.

(27) SOERGEL, op. cit., § 929, 16 - STAUDINGER, op. cit., § 929,30. Il y a là une légère différence entre le § 854 alinéa 2 qui peut viser un détenteur subordonné et le § 929 qui exige un possesseur.

mier exemple de tradition fictive acceptée par le B. G. B.

458. - Mais l'exception la plus importante est sans doute celle apportée par le § 930 du B. G. B., puisque ce texte permet de recourir au constitut possessoire pour éviter d'avoir à transmettre le bien. En effet, "si le propriétaire est en possession du bien, la tradition peut être remplacée par une convention en vertu de laquelle l'acquéreur aura la possession médiate" (28). Le constitut possessoire n'est pas une disposition propre au droit allemand, mais il faut reconnaître qu'en droit français le transfert immédiat de la propriété lui ôte en grande partie son intérêt ; plus exactement, le recours au constitut possessoire se fait nécessairement et implicitement chaque fois qu'un vendeur ne livre pas immédiatement le bien vendu. La situation n'est cependant pas la même dans les deux droits (29). En France, le vendeur qui conserve le bien n'est qu'un détenteur précaire, la possession ayant passé avec la propriété sur la tête de l'acquéreur. Au contraire, en droit allemand, le § 930 repose sur un dédoublement de la possession ; vendeur et acheteur sont tous deux possesseurs, le premier étant possesseur direct, le second possesseur médiat.

Quoiqu'il en soit, le § 930 du B. G. B. a le mérite de simplifier considérablement la tâche des parties contractantes, du moins s'il y a un intérêt à ce que le vendeur conserve la chose (30). Il faut cependant reconnaître qu'en pratique le domaine d'élection du constitut possessoire n'est pas le transfert de la propriété mobilière proprement dit, mais le transfert à titre de sûreté ("Sicherungsübereignung"). Comme il n'est pas légalement possible de créer conventionnellement de gage sans dépossession, le résultat sera atteint en usant du § 930 : le débiteur transfèrera la propriété du bien à son créan-

(28) Cf. supra, n° 137.

(29) Cf. supra, n° 202.

(30) STAUDINGER, op. cit., § 930, 1.

cier, tout en conservant la chose entre ses mains (31). D'un autre côté, le § 930 est également une exception importante au principe de la publicité des transactions mobilières, publicité qu'assure normalement la transmission de la possession (32). La simplification des formalités de la vente n'est donc pas sans risque pour les tiers.

Outre que le vendeur doit être le propriétaire (33), il doit exister entre lui et l'acquéreur ce rapport de droit particulier, seul générateur d'un dédoublement de la possession, la "Besitzmittlungsverhältnis" (34). Comme dans le cadre du § 929, il faut donc d'abord l'accord des deux parties intéressées. C'est dire que la possibilité d'un constitut possessoire abstrait doit être rejetée : il ne reposerait que sur la seule volonté du vendeur, déclarant posséder au nom et pour le compte de l'acheteur, sans qu'aucun rapport juridique l'y autorise ou l'y oblige (35). En revanche, un constitut possessoire anticipé, visant les biens futurs du vendeur, est tout à fait possible. Il est alors nécessaire que la volonté de transférer la propriété existe, non seulement au moment de la conclusion du constitut possessoire, mais également au moment où il se concrétise, c'est-à-dire

---

(31) SOERGEL, op. cit., § 929, 33 ; § 930, 15 et s.-PALANDT, op. cit., § 930, 4. Cf. KONSTANTIN, "Das besitzlose Pfandrecht", A.c.P. 171, p. 94 ; cf.supra, n° 137.

(32) LENT, op. cit., § 30, V.

(33) O. L. G. Naumbourg 3 avril 1906, L. Z. 1908, 690, note SPIESS et L. Z. 1909, 48, note FLECHTHEIM, décision qui refuse à un commissionnaire la possibilité de créer un constitut possessoire-R. G. 14 décembre 1932, R. G. Z. 139, 114 (117).

(34) Sur les conditions d'un dédoublement de la possession, cf. supra, n° 135 et s.

(35) STAUDINGER, op. cit., § 930, 4 - R. G. Z. 15 novembre 1901, précité n° 198, note 85 - R. G. 28 avril 1903, R. G. Z. 54, 396 - R. G. 9 février 1920, R. G. Z. 98, 131 (133).

au jour où le vendeur entre en possession du bien (36).

S'il est satisfait aux conditions du § 930, la tradition sera purement feinte et les formalités de la vente sensiblement allégées. L'on risque cependant d'achopper sur certaines difficultés qui ne sont pas sans rappeler celles que l'article 1141 du Code civil a pour mission de résoudre. Que se passe-t-il, en effet, si le vendeur devenu possesseur direct du bien ("Besitzmittler"), revend le bien et le livre à un second acquéreur ? Sans aucun doute le vendeur n'a plus aucun droit de propriété au moment de la seconde aliénation. Il semble donc qu'il faille, comme en droit français, raisonner à partir des règles de l'acquisition "a non domino" et décider que le second acquéreur conserve la propriété du meuble, du moins s'il en a pris possession de bonne foi et s'il peut justifier d'un juste titre, ainsi que l'exige le § 932 du B. G. B. (37) . Il reste que le constitut possessoire est d'une utilité évidente et que ses mécanismes renforcent le rôle que la possession peut être amenée à jouer en matière de transfert de la propriété mobilière.

459. - La possession offre une dernière possibilité d'éviter la tradition du meuble. Il est supposé qu'un tiers est en possession du bien que l'on désire aliéner : la tradition peut alors être remplacée par la cession de l'action en restitution appartenant au propriétaire (38).

---

(36) STAUDINGER, op.cit., § 930-6.-B.G.H. 14 juillet 1952,B.G.H.Z. 7, 122(115). Cf. von TUHR, "Zur Lehre der Anweisung", Dogm. J., 48, p. 47.-Contre l'admission d'un constitut possessoire anticipé : LENEL, "Stellvertretung und Vollmacht", Dogm.J.36, p.69.

(37) HEDEMANN, op. cit., § 21, III, b, 3.

(38) § 931, du B. G. B. ; cf. supra, n° 360.

Le § 931 du B. G. B. est une nouvelle exception à la règle du § 929, d'autant plus qu'il n'est pas nécessaire que le vendeur et le tiers soient unis par un lien de dédoublement de la possession. Si un tel lien existe, le § 931 peut naturellement s'appliquer, mais il n'est pas la seule voie possible. Vendeur et acheteur peuvent alors recourir au constitut possessoire ; il est également possible au vendeur de donner l'ordre au tiers de conclure avec l'acquéreur une nouvelle "Besitzmittlungsverhältnis" (39).

Si les deux parties se décident à user du § 931, le vendeur doit être titulaire d'une action qui lui confère le droit d'obtenir du possesseur la restitution du bien. C'est ce droit qui est transmis à l'acquéreur. Si le vendeur est possesseur médiat, l'action en restitution doit avoir sa source dans la "Besitzmittlungsverhältnis", et c'est une nouvelle possession médiate qui est créée. De ce point de vue, le § 931 n'est qu'une application particulière du § 870 du B.G.B.; il en résulte qu'en pareille circonstance, possession et propriété sont transmises simultanément (40). En l'absence de tout dédoublement de la possession, le vendeur peut céder n'importe quelle action en restitution, ne serait-ce que l'action en revendication que lui donne son droit de propriété, si par ailleurs il ne dispose d'aucune action personnelle (41). Il est vrai que dans cette dernière hypothèses, la possession n'est d'aucun secours. En d'autres termes, ce n'est que dans la mesure où le § 931 fait écho au § 870, que l'on doit à la possession d'éviter la tradition du meuble aliéné.

460. - Inexistant en droit français, le rôle de la possession est donc loin d'être négligeable en droit allemand. Paradoxalement, elle intervient aussi bien pour réaliser la tradition exigée par les textes que pour apporter des solutions de rechange permettant d'y échapper. Si telle est sa place au sein du B. G. B., c'est que ce dernier

---

(39) Cf. supra, n° 457.

(40) Cf. supra, n° 199-LAST, op.cit.(n° 137, note 186), p. 77 et 78.

(41) SOERGEL, op. cit., § 931, 4 - STAUDINGER, op. cit., § 931, 3, a.

n'a pu totalement oublier que derrière la "Gewalt" se cache un droit, et qu'en matière mobilière la possession est le plus souvent la seule manifestation concrète de ce droit.

Section II : POSSESSION ET CONTRAT REEL.

461. - Aux contrats consensuels qui en droit français sont de règle, il est classique d'opposer des conventions où la loi impose, sous peine de nullité, le respect de certaines formalités. Outre les contrats solennels qui constituent l'exception type, la doctrine classique a cru pouvoir déceler quatre contrats dont la formation exigerait un élément autre que le consentement des parties. Sont ainsi visés : le prêt à usage (article 1875 C.civ.), le prêt de consommation (article 1892 C.civ.), le dépôt (article 1919, C.civ.) et le gage (article 2071 C.civ.). Ces contrats présenteraient la particularité de ne pas pouvoir être formés tant que la chose qui en est l'objet n'a pas été livrée. L'obligation essentielle qui pèse sur l'emprunteur, le dépositaire et le créancier gagiste et qui consiste à conserver puis à restituer la chose ne peut, souligne-t-on, prendre naissance que si au préalable la chose leur a été remise (42). Ce raisonnement avait servi en droit romain à créer une catégorie particulière de contrats, les contrats "re" qui se formaient par la remise d'une "res".

Nombre d'objections ont été adressées à cette analyse. La doctrine contemporaine se plait à souligner qu'en bonne logique, rien ne s'oppose à ce que de tels contrats soient présentés comme des contrats consensuels et, partant, synallagmatiques. Ainsi peut-on dire que le prêt repose sur deux obligations distinctes, mais réciproques : le prêteur s'engage à remettre la chose à l'emprunteur et ce dernier s'engage à la lui restituer. La remise du bien n'est pas une condition de formation du contrat, mais le premier acte de son exécution. Cette démonstration est d'autant plus probante que l'on peut mettre en parallèle ces prétendus contrats réels et certains autres contrats comme le contrat de bail. Or, il n'a jamais fait de doute que ce dernier est

(42) FLOUR-AUBERT, op. cit., n° 303-WEILL, op. cit., n° 125.

valablement conclu, avant même que le locataire n'entre en possession du bien loué. Il est vrai, comme le soutient l'analyse traditionnelle, que l'emprunteur ou le dépositaire qui n'a rien reçu ne saurait être tenu à restitution. Il n'empêche que le contrat a pu être valablement formé ; simplement l'interdépendance des obligations découlant du caractère synallagmatique de telles opérations fait que si l'une des parties n'exécute pas son obligation, l'autre est déchargée de la sienne (43).

Ces différentes critiques n'ont cependant pas conduit à l'abandon de la thèse classique (44). Celle-ci peut tout d'abord se fonder sur la lettre même de la loi. Le prêt, le dépôt et le gage ont été définis comme des contrats par lesquels on remet, on livre ou on reçoit une chose (45). Ensuite, il semble que la jurisprudence ait expressément reconnu l'existence de contrats réels, et ce à propos du contrat de gage (46). Toutefois, son attitude paraît quelque peu incohérente. En effet, tout en affirmant le caractère réel du contrat de gage, elle refuse de sanctionner le défaut de dépossession par la nullité et se contente de déclarer le contrat inopposable aux tiers (47). Dans ces conditions, l'on voit mal pourquoi la remise du bien est une condition de formation du contrat de gage et pourquoi celui-ci a été qualifié de contrat réel.

462. - La notion de contrat réel n'est pas moins confuse en droit allemand. Certes, sa définition ne varie guère ; il s'agit toujours d'un contrat que l'accord des volontés est insuffisant à former

(43) FLOUR-AUBERT, op. cit., n° 303.

(44) FLOUR-AUBERT, ibidem-WEILL, op. cit., n° 127.

(45) Cf. l'article 1915 du Code civil déclarant que le dépôt "est un acte par lequel on reçoit la chose d'autrui, à charge de la garder et de la restituer en nature". L'article 1919 du Code civil renforce cette opinion en ajoutant que le dépôt "n'est parfait que par la tradition réelle ou feinte de la chose déposée".

(46) Civ. 18 mai 1898, D.P. 1900.1.481,note SARRUT;S.1898.1.433,note Lyon - Caen.

(47) Com. 12 novembre 1958, Bull. civ. III, n° 387 - T. G. I. Paris 3 novembre 1967, G. P. 1968.1.269.

et qui, par conséquent, nécessite le recours à un élément réel, en l'occurrence la tradition. Comme en droit français, de tels contrats s'opposent à ceux qui sont purement consensuels (48). La démarche est donc identique et la question se pose dans les mêmes termes de part et d'autre. Les conséquences qu'en tire la doctrine allemande n'en sont que d'autant plus surprenantes. A ses yeux, seul le contrat de prêt peut être présenté comme un contrat réel (49), encore que les auteurs prennent soin de souligner que la question demeure controversée et qu'à tout prendre il semble préférable de ne pas retenir une telle analyse.

Cette thèse est à tout le moins originale, quand on se souvient des conceptions du B. G. B. en matière de transmission de la propriété mobilière. Comment peut-on ne pas envisager de parler du § 929 du B. G. B.,lorsqu'il s'agit de déterminer quels sont les contrats qui peuvent être qualifiés de réels ? Cette lacune paraît d'autant plus surprenante que l'acte réalisant le transfert de la propriété est unanimement qualifié d'acte réel ("dingliches Rechtsgeschäft") (50). Cette qualification a été étendue au contrat de gage et à la constitution de l'usufruit ; à lire les §§ 1025 et 1032 du B. G. B., cette extension paraît totalement justifiée (51). Comment peut-on dès lors expliquer que ni la vente, ni le gage, ni l'usufruit ne figurent au nombre des contrats réels ? En réalité, la raison en est fort simple ; pour la découvrir, il suffit de se reporter à la distinction qu'opère le droit allemand entre l'acte causal et l'acte abstrait.

(48) Distinction entre "Konsensualverträge" et "Realverträge".

(49) PALANDT, op. cit., Rem. prél. § 305, 4 ; § 607, 1.

(50) STAUDINGER, op. cit., § 929,25-SOERGEL, op. cit., § 929,1-PALANDT, op. cit., § 929, b, 2.

(51) § 1205 du B. G. B. : "Pour constituer un gage, il faut que le propriétaire délivre le bien au créancier et que tous deux soient d'accord pour que le droit de gage appartienne au créancier ...". § 1032 du B. G. B.: "Pour la constitution de l'usufruit sur une chose mobilière, il faut que le propriétaire délibre la chose à l'acquéreur et que les deux soient d'accord pour que ce dernier exerce l'usufruit ...".

Ainsi, dans le cas de la vente, le contrat est sans nul doute un acte consensuel ; dès l'échange des consentements, les deux parties s'obligent mutuellement, l'une à transférer la propriété, l'autre à payer le prix (52). Ce n'est que pour le transfert du droit de propriété qu'intervient l'acte abstrait. Lui seul et non l'acte de vente a un caractère réel, puisqu'il fait du transfert du bien une condition du transfert de la propriété (53). En d'autres termes, la tradition n'est pas une condition du contrat, mais un élément du transfert de la propriété. Dans cette mesure, on conçoit que la vente ne puisse figurer au nombre des contrats réels. Il en est de même du gage et de l'usufruit. Tous deux supposent un acte causal qui, ne faisant l'objet d'aucune disposition particulière, est soumis au droit commun des contrats (54). Les dispositions propres au gage et à l'usufruit soumettent les parties à des obligations d'origine légale, mais ne les dispensent pas de se mettre préalablement d'accord (55). Seule la matérialisation du gage ou de l'usufruit nécessite un contrat abstrait. A cet égard, l'adjectif "réel" ("dinglich") est trompeur ; il n'est pas révélateur de la nature du contrat, mais se justifie simplement par l'objet de ce dernier qui est de constituer ou de transmettre un droit réel (56).

Au sens strict du terme, il n'y a donc de contrat réel en droit allemand que le contrat de prêt. Tous les autres qui ont pu être qualifiés de contrats réels, l'ont été à tort : ils ne s'opposent pas aux contrats consensuels ; bien au contraire, ils en sont la conséquence logique dans un système qui scinde l'acte causal et l'acte abstrait.

463. - Dans ces conditions, toute comparaison entre les législations française et allemande suppose que l'on s'entende au préala-

---

(52) § 433 du B. G. B.

(53) Cf. supra, n° 455 et s.

(54) § 305 et s. du B. G. B.

(55) SOERGEL, op. cit., Rem. prél. § 1030,11 et § 1032,21-PALANDT, op.cit., Rem. prél. § 854, 5, b et c.

(56) PALANDT, op. cit., § 854, 5, a.

ble sur les termes de ce rapprochement. En droit français, la possession ne devient une condition de formation de certains contrats que si l'on se rend aux arguments de la doctrine classique. La question demeurant également controversée en droit allemand, un préambule identique s'impose à l'égard du contrat de prêt. Une fois admis que l'on est en présence d'un contrat réel, le rôle attaché à la possession diffère peu d'une situation à l'autre. Qu'il s'agisse du prêt, seule hypothèse commune aux deux législations, du dépôt ou du gage, leur efficacité est conditionnée par un transfert de la possession (57). Pour les deux premiers, cette mesure est avant tout destinée à concrétiser les obligations de l'emprunteur et du dépositaire. Tant que ces derniers ne sont pas en possession du bien, l'opération demeure à leur égard sans objet. Dans le cas du gage, les motivations sont plus complexes : la dépossession du débiteur est tout autant une mesure de sûreté au profit du créancier, qu'un moyen destiné à porter l'existence du gage à la connaissance des tiers.

L'exemple du gage offre la possibilité de rapprocher le droit français et le droit allemand. Une fois admis qu'un tel contrat n'est pas un contrat réel en droit allemand, on ne peut toutefois manquer d'être frappé par la similitude des mécanismes, similitude que l'on doit en grande partie au rôle joué par la possession. En France, comme en Allemagne, elle conditionne l'existence même du gage. Cependant, si la dépossession fait défaut, c'est toute l'opération qui

---

(57) Bien que l'un des arguments en faveur de la théorie des contrats réels soit la lettre même de la loi, ce qui aurait pu laisser penser que seuls sont réels les contrats que la loi qualifie ainsi, doctrine et jurisprudence sont d'accord pour y englober une cinquième hypothèse, celle du don manuel. Alors que toute donation suppose un acte authentique, la validité des donations mobilières faites sans acte a été admise, pour peu que le donataire ait été mis en possession de la chose ; WEILL, op. cit., n° 127 - FOUR-AUBERT, op. cit., n° 303, note 5.

s'écroule en droit français, alors que l'acte causal subsiste du côté allemand. Il n'empêche que l'on peut affirmer qu'au regard du droit français les actes abstraits du B. G. B. ne sont rien d'autre que des contrats réels, si du moins l'on accepte de comparer des situations qui sans doute ne devraient pas l'être.

464. - Il paraît donc préférable de s'en tenir aux contrats réels stricto sensu et à cet égard le rôle de la possession est incontestable. L'importance de ce rôle ne doit cependant pas faire illusion. En pratique, les rares contrats réels ont été vidés de leur substance, à partir du moment où il a été admis qu'ils pouvaient faire l'objet de "promesses" antérieures (58). Ces promesses de contrat ont un caractère purement consensuel et permettent d'obtenir, à défaut d'exécution, des dommages-intérêts. En pareille circonstance, le rôle de la possession est réduit à néant.

* * *

465. - Tout compte fait, en tant que mode de réalisation de certaines situations juridiques la possession est loin d'occuper une place d'égale importance en France et en Allemagne. Paradoxalement, c'est dans un système où elle a été conçue de manière totalement autonome que son influence est la plus conséquente. En droit français, au contraire, bien qu'étant intimement liée aux droits réels, la possession n'a de place que si l'on veut bien accepter l'existence des contrats réels; de toute manière, elle n'intervient d'aucune façon dans le transfert du droit de propriété. Sans doute est-ce parce qu'ici son rôle ne dépend pas d'elle-même ; il est conditionné par des règles qui relèvent du droit commun propre à chacune des deux législations et qui, à elles seules, justifient sur ce point leur antinomie.

---

(58) WEILL, op. cit., n° 127-PALANDT, op. cit., § 607,1 - Le don manuel n'est pas susceptible de "promesses".

CONCLUSION DE LA DEUXIEME PARTIE.

466. - Au travers de l'ensemble des effets de la possession, nous croyons avoir réussi à mettre en évidence l'incontestable unité de vue des droits français et allemand. Il est ainsi des domaines où les solutions du B. G. B. et celles du Code Napoléon sont pratiquement identiques : il suffit de songer à la protection du possesseur évincé ou à l'acquisition des fruits et revenus par le possesseur de bonne foi.

Mais ce qui nous paraît être le plus significatif a trait à la convergence des deux droits sur des questions aussi fondamentales que celles relatives à la protection possessoire et à l'acquisition de la propriété. Il est frappant de constater qu'à propos de ces deux problèmes, les droits français et allemand recourent à des solutions que ne laisse pas présager leur notion de possession. Ainsi, force est de reconnaître que le droit français a fini par renoncer à toute distinction entre possession et détention, dès lors qu'il ne s'agit que de mettre en oeuvre les actions possessoires.

Lorsque la possession intervient comme mode d'acquisition de la propriété, c'est, au contraire, le droit allemand qui retrouve les schémas les plus classiques ; en exigeant l'animus domini, il réintroduit dans le B. G. B. une distinction à laquelle il semblait avoir renoncé. Autrement dit, et c'est en cela que les deux législations nous paraissent fort proches l'une de l'autre, peu importe que l'animus domini soit ou non un élément constitutif de la possession ; dans les deux cas, il empêche le détenteur d'accéder au rang de propriétaire.

L'acquisition de la propriété immobilière donne également l'image d'une démarche commune. En droit allemand, l'existence d'un livre foncier aurait dû empêcher toute intervention de la possession. Or on constate que cette dernière n'est pas loin d'avoir la même fonction probatoire qu'en droit français, du moins lorsqu'elle vient conforter les inscriptions du livre foncier. En apparaissant là où on l'attendait le moins, la possession permet ainsi de rapprocher des systèmes a priori totalement antinomiques.

De par ses effets, la possession est donc loin de conduire à une complète opposition entre le droit français et le droit allemand. Certes, bon nombre de solutions ne se retrouvent pas dans les deux droits. Ainsi, en matière mobilière, l'article 2279 et le § 932 présentent-ils d'indéniables dissemblances. De même est-il difficile de transposer en droit français les effets que le B. G. B. attache à la possession en matière de transfert de la propriété. Mais en pareille circonstance, l'antinomie des deux législations semble tenir, à notre avis, moins à la possession elle-même qu'à d'autres règles ou institutions propres à chacun des deux systèmes.

CONCLUSION GENERALE

467. - Parvenu à ce stade de notre travail, les commentaires dont le B. G. B. fut l'objet en matière de possession lors de sa promulgation, nous semblent devoir être nuancés . La réalité est sans aucun doute beaucoup plus complexe que ne l'ont montrée ceux qui se contentaient de réduire la confrontation du Code civil et du B. G. B. à une simple querelle doctrinale.

Cette impression est largement confirmée par l'étude qui vient d'être menée tant sur la notion de possession, que sur ses effets. Très certainement, les auteurs français avaient vu juste, lorsqu'en 1900 ils insistaient sur l'originalité des solutions allemandes. Mais celles- ci ne se bornaient pas à consacrer une thèse dite objective ; plus exactement, la spécificité du B. G. B. n'a pas consisté à écarter purement et simplement les thèses alors en vigueur. La démarche allemande est d'une toute autre ampleur et c'est pourquoi il importait de se pencher sur le rôle de la possession en tant qu'institution autonome.

Conçue en dehors des règles relatives à la propriété, la possession allemande a pu se détacher entièrement des contraintes qu'imposent au droit français les liens unissant possession et propriété. Le refus du B. G. B. d'inclure l'animus domini dans la définition de la possession est la manifestation la plus éclatante de l'originalité de cette démarche. Ce refus, ainsi que les conséquences qu'il ne manque pas d'entraîner, demeure à l'heure actuelle l'obstacle fondamental et irréductible séparant les législations française et allemande.

468. - Cette antinomie ne nous a pourtant pas empêché de mener à bien une étude comparative qui fasse ressortir un certain nombre de points de convergence. Si cela a été possible, c'est que les deux droits ne se sont pas laissés enfermer dans le carcan formé par leur définition de la possession. Autrement dit, ce sont essentiellement les effets de la possession qui permettent de les rapprocher.

Ainsi, le rôle que la possession est appelée à jouer de part et d'autre est fort comparable. Elle est tout d'abord une situation de fait que la loi française et allemande protègent comme telle, et on sait qu'à cet égard le fondement de cette protection ne varie guère d'un droit à l'autre. Ensuite, et surtout, le B. G. B. comme le Code Napoléon acceptent de voir la possession se transformer en propriété. Au delà de toutes les divergences qui peuvent affecter les modalités pratiques de cette mutation, c'est son principe même qui mérite toute notre attention ; il conduit, en effet, à exiger en droit allemand comme en droit français une possession animo domini. En d'autres termes, il n'existe qu'une seule définition de la possession, lorsque celle-ci permet d'acquérir la propriété et cette définition est commune aux deux législations. Sans doute est-ce par ce biais que les effets de la possession tempèrent le plus sensiblement les divergences portant sur sa notion.

469. - Cette constatation conduit à s'interroger sur la place qu'il convient encore d'accorder aux explications qui ont pour fondement, soit la thèse subjective, soit la thèse objective. En 1900, le choix paraissait simple : si l'on voulait illustrer la thèse subjective, l'on se référait aux conceptions du Code civil ; si, en revanche, il s'agissait de défendre la thèse objective, il suffisait de citer en exemples les solutions du B. G. B. .

A la lumière des différentes opinions que nous avons formulées au cours de notre travail, il ne paraît plus exact d'opposer la thèse subjective du Code civil à la thèse objective du B. G. B. . Certes, cette "summa divisio" correspond aux concepts qui président à la définition de la possession au sein des deux législations. Mais ces

dernières consacrent des exceptions d'une telle envergure qu'elles portent sérieusement atteinte à leur notion de possession. Toutes les opinions qui des deux côtés du Rhin forment l'ossature de la possession, sont en réalité fortement relativisées par la mise en oeuvre pratique de cette dernière, c'est-à-dire par les effets qui lui ont été reconnus.

En fait, si cette mise en oeuvre permet d'incontestables rapprochements, c'est parce qu'elle va précisément à l'encontre des conséquences qui normalement auraient dû résulter de la notion de possession à laquelle chacune des deux législations s'était ralliée. Les similitudes les plus importantes ne doivent leur existence qu'à un aménagement des concepts qui ont servi à définir la possession. C'est dire que chacun des deux droits est loin de respecter intégralement toutes les données de la thèse qui est à l'origine de sa propre définition de la possession.

Ainsi, le droit allemand a-t-il eu besoin de se référer à l'exercice d'un droit réel pour parvenir à donner un contenu à la "Gewalt". De même, et surtout, il a été conduit à exiger un animus domini chaque fois que la possession est susceptible de faire acquérir un droit de propriété. Ce faisant, il se trouve totalement en porte à faux au regard de la thèse objective qu'il est censé concrétiser. Mais, du même coup, il consacre des solutions fort comparables à celles du droit français. Ce dernier procède d'ailleurs d'une manière tout à fait comparable. Peut-on imaginer dérogation plus importante à la thèse subjective que celle issue de la loi du 9 juillet 1975, accordant la protection possessoire à tout détenteur précaire ?

Si donc les effets de la possession atténuent très sensiblement les divergences entre le droit allemand et le droit français, ce n'est que dans la mesure où ils contredisent la notion de possession propre à chacun d'eux.

470. - A l'heure actuelle, nous sommes donc fort loin de l'opinion qui prévalait au début du XXème siècle. Il n'est guère possi-

ble de voir dans notre Code et dans le B. G. B. une simple illustration des querelles doctrinales. Aucun des deux droits ne s'est laissé enfermer dans un schéma dont la stricte application aurait eu de graves inconvénients pratiques. Ce faisant, tous deux parviennent à une sorte d'équilibre interne, corrigeant ce que leur notion de possession pouvait avoir de trop rigide ou de trop vague. Seuls les tempéraments ainsi apportés aux concepts prédominants expliquent la similitude de bon nombre de solutions.

L'attitude adoptée par le droit français et le droit allemand n'est pas sans conséquence. Elle ôte quelque peu de leur intérêt aux discussions qui s'étaient instaurées sur le point de savoir s'il n'était pas souhaitable d'adopter en droit français les solutions allemandes. Par bien des aspects, la conception objective paraissait préférable. La suppression, par le B. G. B., de toute distinction entre possession et détention retenait particulièrement l'attention de la doctrine française. Celle-ci souhaitait, au moins sur ce point, un élargissement de la conception de notre Code. Aujourd'hui les données du problème nous semblent sensiblement modifiées. Le détenteur précaire a vu sa situation singulièrement améliorée, tout d'abord grâce aux efforts déployés par la jurisprudence et plus récemment par la loi du 9 juillet 1975. Un des avantages incontestables du droit allemand est donc aujourd'hui partagé par le droit français. Aucune autre justification ne paraît suffisamment importante pour motiver un changement d'orientation du droit français. Bien au contraire, si la conception objective a pu paraître dans son ensemble comme préférable, elle engendre des difficultés d'ordre pratique considérables. Qu'il s'agisse de définir la détention subordonnée, de donner un contenu à la "Gewalt" ou d'appréhender les mécanismes et les conséquences d'un dédoublement de la possession, on ne peut que constater l'incroyable complexité de certaines solutions. A bien des égards, une notion de possession trop étendue, à l'image de celle que défend le B. G. B., peut être un handicap plus qu'un avantage.

En définitive, à partir du moment où les droits français et allemand n'ont pas manqué de pallier les inconvénients issus de leur notion de possession, notre étude peut conclure à une large similitude du rôle et des effets de la possession, ce qui rend caduques, pour une bonne part, les controverses doctrinales les plus classiques.

* * *

B I B L I O G R A P H I E

I.- OUVRAGES GENERAUX.

A. FRANCE.

ARMINJON (P.), NOLDE (B.) et WOLFF (M.).- Traité de Droit comparé, T. II, 1950.

AUBRY et RAU.- Cours de droit civil français, T. II, 7° éd. 1961 par P. ESMEIN.

AUBY (J.M.) et DUCOS-ADER (R.).- Droit administratif, 3e éd., Dalloz, 1973.

BAUDRY-LACANTINERIE et TISSIER.- Traité de la prescription, 4e éd., 1925.

BEUDANT (Ch.).- Cours de droit civil français, T. IV, les Biens, 2e éd. par P. VOIRIN, 1938.

CAPITANT (H.).- Vocabulaire juridique, 1930.

CARBONNIER (J.).- Droit civil, Les Biens, P. U. F., Coll. Thémis, 7e éd., 1973.

COLIN et CAPITANT.- Traité de droit civil, T. II par L. JULLIOT DE LA MORANDIERE, 1959.

FLOUR (J.) et AUBERT (J. L.). - Les obligations, Vol. I, 1975.

LAUBADERE (A. de).- Traité de droit administratif, 2e vol., 6e éd., 1975.

MARTY (G.) et RAYNAUD (P.).- Droit civil, T. II, 2e vol., 1965.

MAZEAUD (H. et L.) et TUNC (A.).- Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, T. II, 5e éd., 1958.

MAZEAUD (H. et L.) et (J.).- Leçons de droit civil, T. II, 2e vol., 5e éd., 1976 et T. III, 2e vol. 4e éd., 1974.

MERLE et VITU.- Traité de droit criminel, 2e éd., Paris, 1973.

MOREL (R.).- Traité élémentaire de procédure civile, 2e éd., 1949.

OURLIAC (P.) et MALAFOSSE (J. de).- Droit romain et ancien droit , Les Biens, P. U. F., Coll. Thémis, 1961.

PLANIOL et RIPERT.- Droit civil, T. III par M. PICARD, 2e éd., 1952 ; T. IV par MAURY et VIALLETON, 2e éd., 1956.

POTHIER.- Traité de la possession.

RIPERT et BOULANGER.- Traité de droit civil d'après le traité de PLANIOL, T. II, 1957.

SOLUS (H.) et PERROT (R.).- Droit judiciaire privé, T. I, Paris, 1961.

STARCK (B.).- Droit civil des obligations, Paris, 1972.

VINCENT (J.). - Procédure civile, Dalloz, 17e éd. 1974.

WEILL (A.).- Droit civil : Introduction générale, 3e éd., Dalloz, 1973; Les Biens, 2e éd., Dalloz, 1974.

B. ALLEMAGNE.

BAUR (F.).- Sachenrecht, 8e éd., 1975.

BIERMANN (J.).- Sachenrecht des B. G. B., 3e éd., 1914.

BOEHMER (G.).- Einführung in das Bürgerliche Recht, Tübingen, 1954.

DERNBURG (H.).- Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens, T. III, 4e éd. 1908.

EICHLER (H.).- Institutionen des Sachenrechts, Band II, Halbband, 1, 1957.

ENNECCERUS, KIPP, WOLFF.- Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I : Allgemeiner Teil, 14e éd. par H. C. NIPPERDEY, 1952-1954. Band III : Sachenrecht, 10° éd. par WOLFF et RAISER, 1957.

GIERKE (J. von).- Das Sachenrecht des bürgerlichen Rechts, 4e éd., 1959.

HECK (Ph.).- Grundriss des Sachenrechts, Tübingen, 1930.

HEDEMANN (J. W.).- Sachenrecht des B. G. B., 3e éd., 1960.

LENT (F.).- Sachenrecht, 11e éd., par SCHWAB, 1966.

MEDICUS (D.).- Bürgerliches Recht, 3e éd., 1970.

MITTEIS (H.).- Deutsches Privatrecht, 4e éd., 1950.

MOTIVE zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Berlin, 1888.

PALANDT u. a. .- Bürgerliches Gesetzbuch, 34e éd., 1975.

PLANCK-BRODMANN.- Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. III, Sachenrecht, 5e éd., 1933.

PROTOKOLLE der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin, 1899.

REICHSGERICHTSRAETE. - Kommentar des Bürgerlichen Gesetzbuches (R. G. R. - Komm.) 11e éd., 1959 ; §§ 854-872, 12e éd., 1975 ; §§ 929-945, 12e éd., 1975.

SOERGEL-SIEBERT. - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, T. IV, 10e éd., 1968.

STAUDINGER (J. von). - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band III, 1 Teil, §§ 854-1017, 11e éd., par BERG (H.), RING (J.) et SEUFERT (G.), 1956.

WESTERMANN (H.). - Lehrbuch des Sachenrechts, 6e éd., 1969.

WIECZOREK (B.). - Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band IV, 1. TEIL, 1958.

WINDSCHEID (B.) et KIPP (Th.). - Lehrbuch des Pandektenrechts, Band I, 9e éd., 1906.

WOLFF-RAISER. - v. Enneccerus, Kipp et Wolff.

ZITELMANN . - Internationales Privatrecht, 1912.

II. - OUVRAGES SPECIAUX ET THESES DE DOCTORAT.

A. - FRANCE.

ABDEL-BAKI (A. F.). - Du rôle de la possession en matière mobilière . Thèse, Paris, 1943.

ABERKANE (H.) . - Contribution à l'étude de la distinction des droits de créance et des droits réels. Essai d'une théorie générale de l'obligation "propter rem" en droit positif français. Paris 1957.

ALAUZET. - Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français. 1849.

ANCEL (M.). - Utilité et méthodes du droit comparé, Neuchatel, 1971.

BERGEL (J. L.). - Les servitudes de lotissement à usage d'habitation. Paris, 1973.

BIRAGUE D'APPREMONT (R. de). - La complainte possessoire, Thèse, Paris, 1902.

BOURCART (G.). - Des interdits uti possidetis et utrubi en droit romain. Des actions possessoires en droit français. Thèse, Paris, 1880.

CHARTIER (F.). - L'appropriation des meubles corporels en droit français et en droit allemand. Thèse, Paris, 1952.

CORNIL. - Traité de la possession dans le droit romain, 1905.

DURIF (R.). - La protection possessoire des immeubles. Thèse, Strasbourg, 1944.

DERRUPE (J.). - La nature juridique du droit du preneur à bail et la distinction des droits réels et des droits de créance. Paris, 1952.

FARGEAUD (Ph.). - Le gage sans dépossession comme instrument de crédit et le Marché Commun. Paris 1963.

FERRADOU (F.). - Du rôle de la possession dans le droit privé français. Thèse, Bordeaux , 1928.

FOURNIER (J.). - Le juste titre en droit français moderne. Thèse, Caen, 1942.

GILLES (P.). - La réintégrande. Thèse, Paris, 1936.

GINOSSAR (S.). - Droit réel, propriété et créance, 1960.

GOLDMANN (B.). - De la détermination du gardien responsable du fait des choses inanimées. Paris, 1947.

GORPHE (F.). - Le principe de la bonne foi. Thèse, Paris, 1928.

HAMELIN (A.). - De la dénonciation de nouvel oeuvre en droit romain et en droit français. Thèse, Paris, 1887.

JACQUEY (P.). - L'invention des trésors. Thèse, Lille, 1912.

JOBBE-DUVAL. - Etude historique sur la revendication des meubles. Thèse, Paris, 1880.

JOURDAN (A.). - La prescription d'après le Code civil allemand. Thèse, Aix, 1906.

JOUSSE (L.). - Les traits principaux du régime des biens du domaine public. 1938.

LAPLATTE (C.). - Au$_x$confins de l'action possessoire. Etude sur la nature du trouble possessoire. 1941.

LAURENT (J. Ch.). - L'apparence dans le problème des qualifications juridiques. Thèse, Caen, 1931.

LECOURT (R.). - Nature juridique de l'action en réintégrande. (Etude de la jurisprudence française) Thèse, Caen, 1931.

LOTZ (F.). - Les particularités du régime foncier des départements du Rhin et de la Moselle. Paris, 1973.

MACKAY (H.). - La revendication des meubles en droit anglais par comparaison avec le système français . Paris, 1924.

MALABAR (J.). - La notion d'épaves. Thèse, Paris, 1939.

MICHELET (E.). - La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire. Paris, 1973.

MOGHAZY (El S.). - De la revendication des meubles en droit comparé. Thèse, Paris, 1927.

MOREL (R.). - Le régime foncier d'Alsace et de Lorraine, 1922.

PUECH (M.). - L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle. Paris, 1973.

RADULESCO (L. E.). - La notion et les éléments constitutifs de la possession en législation. Thèse, Paris, 1923.

RIEG (A.). - Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand. Paris, 1961.

SAINT-ALARY (R.). - La détention, notion et portée d'application en droit privé français. Thèse, Montpellier, 1941.

SAUNIER (L.). - De l'application de l'article 2279 dans les rapports entre auteur et ayant cause. Thèse, Paris, 1907.

SCHAEFFER (E.). - Le gage sans dépossession en droit comparé allemand et anglais. Paris, 1953.

SCHWAB (P.). - La théorie possessoire objective - Etude comparée sur la possession des choses en droit français et allemand. Thèse, Paris, 1907.

STEINER (A.). - Le trouble de droit dans les actions possessoires. Thèse, Strasbourg, 1938.

TOURNESAC (L.). - Applications pratiques de la maxime en fait de meubles, la possession vaut titre Thèse, Paris , 1913.

TRAVAUX de la Commission de réforme du Code civil, 1946 - 1947.

VOUIN (R.). - La bonne foi. Notion et rôle actuels en droit privé français. Thèse, Bordeaux, 1939.

WAELBROECK (M.). - Le transfert de la propriété dans la vente d'objets mobiliers corporels en droit comparé. Bruxelles, 1961.

WEILL (A.). - La relativité des contrats en droit privé français. Thèse, Strasbourg, 1939.

B. ALLEMAGNE.

ANTRUP (H.). - Dingliches und obligatorisches Besitzrecht, Göttingen, 1944.

AUERBACH (J.). - Merkmale und Bedeutung des Eigenbesitzes. Dargelegt unter Berücksichtigung des römischen und deutschen Rechts. Leipzig, 1905.

BRUNS (V.). - Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Diss.Tübingen, 1910.

DIEDERICHSEN (U.). - Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen. Hambourg, 1965.

DIETZ (R.). - Anspruchskonkurrenz bei Vertragsverletzungund Delikt. Bonn-Köln, 1934.

DIMOPOULOS-VOSIKIS (H.). - Die bereicherungs - und deliktsrechtlichen Elemente der §§ 987 - 1003 B. G. B. Köln - Berlin - Bonn - München, 1966.

DRAGANESCO . - Besitzerwerb durch Stellvertreter, 1916.

DULCKEIT (G.). - Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Tübingen, 1951.

DÜNKEL (H.). - Öffentliche Versteiergung und gutgläubiger Erwerb. Karlsruhe, 1970.

EMMERICH (V.) . - Das Verhältnis der Nebenfolgen der Vindikation zu anderen Ansprüchen. Diss. Saabrücken, 1966.

ERNST (J.). - Zur Lehre vom mittelbaren Besitz. Diss. Fulda, 1905.

FEUSTEL (C.). - Der Anspruch aus § 1007 B. G. B. Diss. Iena, 1900.

FÜRTSCH (R.). - Vergleichende Darstellung des Code civil und des bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Berlin, 2e éd., 1899.

FRANCK (R.). - Die Rechtsstellung des mittelbaren Besitzers. Diss. Hamburg , 1910.

GIERKE (O. von). - Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht nach dem B. G. B. . Iena, 1897.

GOLDSCHMIDT (L.). - Grundlage der Besitzlehre in "Vermischte Schriften" T. I. Berlin, 1901.

GÖPPNER. - Besitzverhältnis bei Personalgesellschaft. Diss. München, 1970.

GRAUE (D.). - Der Eigentumsvorbehalt im ausländischen Recht, 2e éd. par BÖCKL (R.) et MEDER (F. J.). Frankfurt, 1960.

GÜLLER (W.) . - Unfreiwilliger Besitzesverlust und gutgläubiger Fahrniserwerb. Zürich, 1924.

HELLWIG (K.). - Wesen und subjektive Begrenzung der Rechtskraft. Leipzig, 1901.

- Die Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig, 1899.

HEUSLER (A.). - Gewere. 1872.

HÖRER (B.). . - Die Besitzrechtsklage. Klagegrundlage und Praktikabilität. Berlin, 1974.

HÜBNER (H.). - Der Rechtsverlust im Mobiliarsachenrecht. Erlangen, 1955.

IHERING (R. von). - Über den Grund des Besitzschutzes. Iena, 2e éd., 1869.

- Der Besitzwille. Iena, 1889.

KAIM (O.). - Die Vererblichkeit des Besitzes in der geschichtlichen Entwicklung, insbesondere die praktische Bedeutung der Vererblichkeit im heutigen Recht, Diss. Breslau, 1904.

KARRER (P.). - Der Fahrniserwerb kraft guten Glaubens im internationalen Privatrecht, Diss. Zürich, 1968.

KÖBL (U.). - Das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis im Anspruchssystem des B. G. B. Berlin, 1971.

KRAUSE (W. E.). - Die Haftung des Besitzers nach den §§ 989 - 993 B. G. B. Berlin, 1965.

KRÄNZLIN (G.). - Der Besitz als tatsächliche Gewalt. Diss. Zürich, 1922.

KRESS (H.). - Besitz und Recht, Leipzig, 1909.

KRETZSCHMAR (F.). - Die Mobiliar = Ersitzung nach dem B. G. B. . Diss. Bonn, 1910.

KURZ (I.). - Der Besitz als möglicher Gegenstand der Eingriffskondition. Tübingen, 1969.

LENT (F.) . - Die Gesetzeskonkurrenz im bürgerlichen Recht und im Zivilprozess. Leipzig, 1912.

MATTIL (J.). - Actio publiciana und Anspruch aus § 1007 B. G. B. Heidelberg, 1908.

MERK (W.). - Die Entwicklung der Fahrnisverfolgung im französischen Recht. Berlin, 1914.

MEYER (A.). - Der fehlerhafter Besitz nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Kiel, 1910.

NASSAUER (H.). - Besitzerwerb durch Mittelspersonen nach gemeinem Recht und dem Recht des B. G. B. . Neumünster, 1910.

OBLASSER (E.). - Der Begriff "abhanden kommen" im Sinne des B. G. B. Leipzig, 1906.

OECKINGHAUS (A.). - Kaufvertrag und Übereignung beim Kauf beweglicher Sachen im deutschen und französischen Recht. Berlin, 1973.

PAWLOWSKI (H. M.). - Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen - und Immaterialgüterrecht. Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Bd. 36, 1961.

PRZIBILLA (E.). - Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Diss. Bonn, 1905.

RAAPE (L.). - Besitzerwerb ohne Besitzwillen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch. Diss. Bonn, 1901.

RUSCONI (B.). - L'action pétitoire fondée sur la possession. Etude des articles 934 - 936 du Code civil suisse. Thèse, Lausanne, 1958.

SANDTNER (W.). - Kritik der Besitzlehre. Diss. München, 1968.

SAVIGNY (C. von). - Das Recht des Besitzes. 7e éd. Wien, 1865 (6e éd. traduite par FAIVRE D'AUDELANGE, Paris, 1845).

SCHWERDTNER (E.). - Verzug im Sachenrecht. Berlin, 1973.

SIBER (H.). - Die Passivlegitimation bei der rei vindicatio als Beitrag zur Lehre von der Aktionenkonkurrenz. Leipzig, 1907.

SERICK (R.). - Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Heidelberg, 1964.

STILLSCHWEIG (K.). - Der Schutz des redlichen Erwerbers bei der Übereignung beweglicher Sachen nach deutschem, französischem, österreichischem und schweizerischem Recht. Berlin, 1929.

STRAHLENDORFF (G.). - Ursprünge und Grenzen des gutgläubigen Erwerbs vom Nichtberechtigten im Mobiliarsachenrecht. Diss. Freiburg, 1958.

STRAUSS (E.). - Das Rechtsverhältnis am Fund. München, 1908.

STRICKER (A.). - Die Abhandegekommene Sachen. Hambourg, 1934.

THAMM (M.). - Der Eigentumsvorbehalt im deutschen Recht. Frankfurt, 3e éd. 1971.

THOMA (R.). - Die Bedeutung des Besitzwillens im Besitzrecht des B.G.B.. Diss. Freiburg, 1900.

WACKE (A.). - Das Besitzkonstitut als Übergabesurrogat in Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik. Köln, 1974.

WEIDEMANN (W.). - Der mittelbare Besitz des B. G. B. . Diss., Berlin, 1902.

WEIMAR (W.). - Der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten. Stuttgart, 1960.

WOLFF (K.). - Schutz des guten Glaubens bei abhanden gekommenen Sachen im deutschen und französischen Recht. Freiburg, 1967.

III. - ARTICLE DE REVUE, NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS ET CONCLUSIONS.

A. FRANCE.

R. A. - Note sous Crim. 7 juillet 1944, J. C. P. 1947.II.3410.

J. A. - Note sous Civ. 30 novembre 1966, J. C. P. 1967, II, 14941.

AMIOT (F.). - Obs. sous T. civ. Hazebrouck, 15 mars 1901, Rev. trim. dr. civ. 1902, 428.

L. B. - Note sous T. par Chataudin (réf.), 5 octobre 1972, G. P. 1972, 1, 58.

BARNICAUD. - Note sous Paris 18 novembre 1968, J. C. P. 1969, II.15742.

BECQUE (E.). - Note sous Lyon 27 février 1947, J. C. P. 1948.II.4118.

BENABENT (A.). - Note sous Civ. 5 octobre 1972, J. C. P. 1973.II.17485.

BERTIN (Ph.). - Le petit Noël du procédurier, G.P. 1974, I, doc., p.49.

BIHR (Ph.). - "L'extinction de la servitude d'enclave en cas de cessation d'enclave" à propos de l'article 685-1, tel qu'il résulte de la loi du 25 juin 1971, D. 1972, chr., 27.

BISCHOFF (J. M.). - Note sous Civ. 12 janvier 1966, J.C.P. 1967.II. 15266.

BLIN (H.). - Note sous Civ. 6 décembre 1955, J.C.P. 1956.II.9042.

BREDIN (J. D.). - Obs. à la Revue trimestrielle de droit civil : 1963, 380 (Civ. 28 novembre 1962)-1963, 756 (Civ. 13 février 1963) -1965, 152 (Civ. 29 juin 1964)-1965,149 (Civ. 7 octobre 1964)-1965, 378 (Civ. 21 octobre 1964)-1965, 152 (Bordeaux 12 novembre 1964)-1965, 677 (Civ.15 février 1965)-1965,676 (Civ. 2 février 1965)-1966, 109 (T. corr.Montluçon 29 septembre 1965)-1966,111(Civ.22 juin 1965)-1966,372 (Civ. 22 février 1965)-1966,556(Civ. 22 mars 1966)-1967, 415(Paris 29 novembre 1966)-1967,413 (Civ. 30 novembre 1966)-1968, 172 (Civ. 12 janvier 1966)-1968,740(Civ. 15 février 1968)-1969,144 (Civ. 3°, 4 juillet 1968)-1969,358 (Paris 18 novembre 1968)-1972, 153 (Civ. 16 juin 1971)-1972,420 (Civ. 3°, 23 juin 1971) - 1973,149 (Civ.1° 5octobre 1972).

- 1973, 591 (Civ. 3°, 28 novembre 1972) - 1974, 174 (Civ. 3°, 21 février 1973) - 1974, 837 (Bordeaux 22 janvier 1974).

BOURSIGOT (H.). - Note sous Orléans 17 mars 1965, J. C. P. 1965. II. 14186.

BULTE (H.). - Note sous Civ. 14 juin 1961, J. C. P. 1962. II. 12472.
- note sous Civ. 7 octobre 1964, J. C. P. 1964, II, 13944.
- note sous 21 octobre 1964, J. C. P. 1965, II, 14014.

CABANAC (J.). - Note sous Paris 29 septembre 1966, G. P. 1967, I.143.

CARBONNIER (J.). - La règle contra non valentem agere non currit praescriptio, Rev. crit. 1937, 155.

CAPITANT (H.). - Note sous Civ. 23 avril 1918, D. 1919.1.33.
- Note sous Civ. 3 mars 1936, D. 1936. 1. 81.

CHAVRIER (M.). - Note sous Lyon 15 mars 1954, D. 1955, 460.

CORNIL (G.). - La distinction entre la possession et la détention, Rev. de dr. int. et de lég. comp. 1904, 646.
- La volonté de posséder et la distinction de la possession et de la détention en droit allemand, Rev. de dr. int. et de lég. comp.,1907, 129.

COUCHEZ (G.). - Note sous T. G. I. Lyon (réf.) 16 octobre 1973, J.C.P. 1974.II.17762.

DERRIDA (F.). - Enclycl. Dalloz, Rep. civ. 2e éd., v° Apparence.

DESIRY (R.). - Note sous Paris 29 novembre 1966, J. C. P. 1967, II, 15267.

DIJOL (M.). - Note sous Montpellier 19 janvier 1949, J. C. P. 1949. II.4806.

DELPECH (H.). - Note sous T. corr. Montluçon 29 septembre 1965, D. 1965, 774.

DORHOUT MEES (T. J.). - La revendication des meubles perdus ou volés contre le possesseur de bonne foi, Mélanges Savatier, Paris 1965, p. 265.

ESMEIN (P.). - Les théories de la possession en Allemagne, Nouvelle rev. hist. 1877.
- Note sous Civ. 26 décembre 1921, S. 1923.1.297.
- Note sous Civ. 24 octobre 1923, S. 1924.1.121.
- Note sous Civ. 22 février 1965, D. 1966, 37.

E. F. . - Note sous Civ. 3°,28 novembre 1969, D.1970,J,85.

FOURGOUX (J. Cl). - Note sous T.G.I. Lyon (réf.) 16 octobre 1973, D. 1974, 389.

FRANCK (E.). - Note sous Civ. 3°, 2 décembre 1975, D.1976,J., 243.

H. G..- Note sous Civ. 24 février 1965,J.C.P. 1965,II, 14204.

- Note sous Civ. 22 mars 1966, J.C.P. 1966, II, 14696.

GAUDIN DE LAGRANGE (E.) et RADOUANT (J.). - Encycl. Dalloz, Rép.civ., 2e éd., v° Prescription.

GEGOUT (M.). - Note sous Civ. 11 février 1931, S. 1931, 1, 273.

GERVESIE (P.). - Note sous Grenoble 20 juillet 1949,D. 1952,J.,551.

- Note sous Lyon 15 mars 1954, D. 1955, J., 460.

GHESTIN (J.). - Note sous Civ. 13 novembre 1970, J.C.P.1972.II.17077.

GIVERDON (Cl.).- Obs. sous Civ. 3°, 23 octobre 1974,Rev.trim.dr.civ. 1975, 336.

GOUBEAUX (G.). - La loi du 25 juin 1971 relative à l'extinction de la servitude de passage pour cause d'enclage,J.CP.1971.I.2416.

- L'extension de la protection possessoire au bénéfice des détenteurs (Loi du 9 juillet 1975),Rép.Défr.1976,art.31062.

- Note sous Crim. 30 octobre 1969, J.C.P. 1970, II, 16333.

- Note sous Civ. 3°, 23 juin 1971, J.C.P. 1972, II, 16965.

- Note sous 1°, 14 décembre 1971, J.C.P. 1972, II, 17102.

- Note sous 3°, 8 octobre 1974,Rép. Défr.,1975,1° partie,613.

GROSS (B.). - Juriscl. civ., art. 2279 - 2280.

GUENNE (L.). - Note sous Req. 21 juillet 1897, D.P. 1898, 1, 345.

HEBRAUD (P.). - Justice 1959, les juridictions, D. 1959, chr., 151.

- Encycl. Dalloz, Rép.civ., 2° éd., v° Actions possessoires.

- Obs. sous T.I. Grasse, 23 mars 1960, Rev.trim.dr.civ., 1960, 501.

- Obs. sous 29 juin 1964, Rev.trim.dr.civ. 1964, 784.

- Obs. sous T. par. Chateaudun (réf.) 5 octobre 1972, Rev. trim. dr. civ. 1973, 160.

HOURCADE (M.).- Le possessoire et le provisoire, S. 1963, chr., 41.

HUGUENEY (L.). - Obs. sous Civ. 4 décembre 1918, Rev.trim.dr.civ. 1919, 549.

- Note sous Crim. 18 juin 1936, S. 1937,.1.193.

JAPIOT (R.). - Note sous T. civ. Rouen 17 juillet 1928, S. 1928.2.169.

LABBE (J. E.). - Note sous civ. 2 août 1877, S. 1878.1.145.

- Note sous Civ. 5 juin 1883, S. 1884.1.49.

LAGARDE (G.). - Rapport CH. réunies 2 décembre 1941, S. 1941, 1, 217.

LALOU (H.). - Note sous Paris 16 mars 1949, D. 1950, 419.

- Note sous Paris 7 février 1950, D. 1951, 456.

LASSEY (J.). - T. I. Nîmes 30 mars 1971, J. C. P. 1973, II, 17483.

LEBRUN (A.). - Note sous Rouen 18 juillet 1949, D. 1952, J., 9.

LEMERCIER (P.). - Note sous Crim. 22 janvier 1948, S. 1949, 1, 149.

LEONAN (R.). - Note sous Civ. 11 novembre 1950, D. 1950, 125.

LEROUX (E.). - Recherche sur l'évolution de la théorie de la propriété apparente dans la jurisprudence depuis 1945, Rev. trim. dr. civ. 1974, 509.

LEVY (E.). - Obs. sous Orléans 31 mars 1906, Rev. trim. dr. civ. 1906, 683.

- Obs. sous Req. 22 mai 1906, Rev. trim. dr. civ. 1906, 683.

- Obs. sous Civ. 8 janvier 1907, Rev. trim. dr. civ. 1907, 613.

LYON-CAEN.- Note sous Civ. 7 février 1910, S. 1910, 1, 225.

LOUSSOUARN (Y.) et PIROVANO (A.). - Encycl. Dalloz, Rép. civ. 2° éd., v° Don manuel.

LOTZ (F.). - Juriscl. civ., Annexe IV, Fasc. 18.

L. M. . - Note Crim. 7 juillet 1944, J. C. P. 1947, II, 3410.

MARTIN (D.). - Note sous Bourges 22 mars 1973, D. 1974, 326.

MARTY (G.). - Obs. sous Toulouse 13 décembre 1937, Rev. trim. dr. civ. 1938, 266.

MAZEAUD (H.). - Note sous Ch. réunies 2 décembre 1941, S. 1941.1.217.

- Obs. sous Civ. 16 février 1954, Rev. trim. dr. civ. 1954, 504.

MESNARD. - Rapport Req. 1 août 1849, S. 1849.1.499.

MESTRE (A.). - Note sous Req. 25 juin 1914, S. 1918 - 1919, 1, 169.

MIMIN (P.). - Note sous T. civ. Pithiviers 31 janvier 1943, D. 1944, 136.

J. N. . - Note sous T. civ. Reims 3 février 1960, D. 1960, 253.

NAQUET (E.). - Note sous req. 27 février 1905, S. 1906, 1, 505.

NAST (M.). - Note sous Civ. 7 février 1910, D. 1910, 1, 20.

NORMAND (J.). - Obs. sous T. G. I. Lyon (réf.) 16 octobre 1973, Rev. trim. dr. civ. 1975, 143.

- Obs. sous Paris 8 février 1974, Rev. trim. dr. civ. 1975, 143.

NOIREL (J.). - Une question posée par la réforme judiciaire. Le principe du non-cumul du possessoire et du pétitoire subsiste-t-il ?, D. 1959, chr., 187.

OURLIAC (P.). - Note sous Civ. 3°, 30 avril 1974, J. C. P. 1975.II. 17994.

T. P. . - Note T. civ. Mayenne 28 février 1957, J. C. P. 1957, II, 10277.

PERITCH (J.). - De la matérialisation des droits privés, Rev. trim. dr. civ. 1913, 107.

PERROT (R.). - La compétence du juge des référés, G. P. 1974, 2, doctr., 895.

PIERRARD (M. J.). - Note sous Aix 19 décembre 1950, J. C. P. 1951. II. 6491.

PLANIOL (M.). - Note sous Aix 3 février 1902, D. P. 1904, 2, 289.

PONSARD (A.). - Note sous Orléans 3 novembre 1943, D. 1947, 17.

POTIER. - Concl. sous Req. 12 juillet 1905, S. 1907.1.273.

POULTIER. - Rapport Req. 4 février 1856, D. P. 1956, 1, 296.

PREVAULT (J.). - Note sous Lyon 29 octobre 1970, D. 1971, 522.

RADOUANT (J.). - V. GAUDIN DE LAGRANGE.

- Note sous Civ. 1 août 1939, D. C. 1941, 91; obs. Rev. trim. dr. civ. 1940, 111.

RIPERT (G.). - La propriété des maisons d'habitations et la loi du 1er septembre 1948, D. 1948, chr., 194.

- Note sous Civ. 12 novembre 1907, D. 1908, 1, 313.

- Note sous Ch. réunies 2 décembre 1941, D. C. 1942, 25.

- Note sous T. civ. Seine 1 juin 1949, D. 1949, 350.

RODIERE (R.). - Encycl. Dalloz, Rep. civ., 2e éd., v° Possession.

- Note sous Bordeaux 21 janvier 1974, D. 1974, 452.

ROUSSE (J. P.). - La contestation sérieuse, obstacle à la compétence du juge des référés - La contestation sérieuse, condition de la compétence du juge des référés, G. P. 1974, 2, doctr., 837.

SAILLARD (J.). - Note sous Bordeaux, 8 novembre 1943, S. 1949.2.9.

SALEILLES (R.). - Etude sur les éléments constitutifs de la possession, extrait de la Rev. bourguignonne de l'Enseignement supérieure, 1893 et 1894.

- La théorie possessoire du Code civil allemand, Rev. crit. de législ. et de jurisp., 1903, p. 592 et 1904, p. 93.

- De la possession des meubles ; Mélanges de droit comparé, T. II, Paris, 1907.

SAVATIER (R.). - Note sous Civ. 11 février 1931, D. P. 1931, 1, 129.

- Obs. sous Paris 16 mars 1949, Rev. trim. dr. civ. 1949, 548.

- Obs. Civ. 1°, 11 juillet 1960, Rev. trim. dr. civ. 1961, 164.

- Note sous Amiens 28 janvier 1975, D. 1976, J., 87.

SAUVEPLANE (J. C.). - La protection de l'acquéreur de bonne foi d'objets mobiliers corporels, in Unification du droit, Annuaire 1961, p. 43.

SEBAG (J.). - Encycl. Dalloz, Rép. civ., 2e éd., v° Occupation.

SOLUS (H.) Obs. à la Rev. trim. dr. civ. : 1922, 429 (Civ. 1 février 1922) - 1924, 140 (T. civ. Seine 12 décembre 1923) - 1924, 390 (Req. 8 janvier 1924) - 1924, 717 (Req. 12 mars 1924) - 1926, 435 (T. civ. Dreux 23 décembre 1925) - 1926, 436 (Civ. 15 février 1926) - 1926, 437 (T. civ. Morlaix 12 janvier 1926) - 1926, 1066 (Civ. 19 juillet 1926) - 1928, 454 (Civ. 26 décembre 1927 et Req. 16 janvier 1928)- 1928, 452 (T. civ. Marseille 8 février 1928) - 1929, 159 (T. civ. Rouen 17 juillet 1928) - 1929, 468 (Lyon 8 décembre 1928) - 1930, 149 (Req. 21 octobre 1929) - 1930, 413 (Civ. 16 décembre 1929) - 1930, 1105 (T. civ. Lannemezan 2 juillet 1930) - 1931, 437 (Bourges, 2 décembre 1930) - 1932, 484 - (Req. 1 mars 1932) - 1933, 903 (Civ. 12 avril 1933) - 1934, 645

(Req. 6 mars 1934) - 1935, 401 (Civ. 11 décembre 1934) 1935, 874 (T. Auch, 3 juillet 1935) - 1937, 389 (Req. 11 janvier 1937) - 1937, 390 (Req. 23 février 1937) - 1938, 107 (Req. 18 octobre 1937) - 1938, 486 (Civ. 1 mars 1938) - 1939, 195 (Req. 28 novembre 1938) - 1940 - 1941, 288 (T. civ. Seine 10 janvier 1941) - 1945, 202 (Req. 22 février 1944) - 1948, 238 (T. civ. Seine 15 décembre 1947 et T. civ. Nice 12 novembre 1947) - 1949, 281 (Civ. 13 décembre 1948) - 1950, 522 (Civ. 18 janvier 1949) - 1950, 76 (T. civ. Aurillac 2 novembre 1949) - 1950, 203 (T. Seine 23 janvier 1950) - 1950, 379 (Civ. 31 janvier 1950) - 1951, 397 (T. civ. Grenoble 17 mai 1951) - 1954, 124 (Civ. 10 mars 1953) - 1955, 680 (T. civ. Besançon 25 avril 1953) - 1956, 557 (T. civ. Seine 21 mars 1956) - 1957, 362 (Civ. 26 novembre 1956) - 1957, 709 (Colmar 30 avril 1957) - 1958, 110 (T. civ. Seine 17 octobre 1957) - 1958, 274 (T. paix Senones 22 juillet 1957) - 1959, 759 (Civ. 21 juillet 1959) - 1960, 436 (Civ. 6 octobre 1959) - 1960, 688 (Civ. 3 mai 1960) - 1960, 689 (Civ.6 avril 1960) - 1961, 521 (Civ. 4 janvier 1961) - 1961, 342 (Paris 15 février 1961).

TISSIER (A.). - Note sous Civ. 11 mai 1898, S. 1898.1.481. Note sous Req. 3 avril 1906, S. 1907.1.417.

THERY (R.) De l'utilisation à la propriété des choses, Mélanges Ripert, T. II, p. 17.

B. V. . - Note sous Civ. 1°, 5 octobre 1972, D. 1973, 47.

VISMARD (M.). - Les actions possessoires, Rev. Huissiers de Justice, 1976, 221.

VOIRIN (P.). - Note sous Civ. 26 novembre 1956, J. C. P. 1957.II. 9919.

- Note sous Civ. 11 juillet 1960, D. 1960, 702.

WAHL (A.). - Obs. sous Civ. 4 juin 1904, Rev. trim. dr. civ. 1908, 752.

- Obs. Req. 27 février 1905, Rev. trim. dr. civ. 1908, 753.

- Note sous Req. 12 juillet 1905, S. 1907.1.273.

WEILL (A.). - Note sous Civ. 10 mars 1953, J. C. P. 1955, II, 7849.

- Note sous Civ. 20 décembre 1955, J. C. P. 1956, II, 9455.

B. ALLEMAGNE.

ARAVANTINOS (J. P.). - Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im deutschen bürgerlichen Recht, Dogm. J. 48, 114.

BARON. - Zur Lehre vom Besitzwille, Dogm. J. 29, p. 192.

- Noch einmal der Besitzwille, Dogm. J. 30, p. 197.

BASSENGE (P.). - "Die Änderung des Fundrechts", N.J.W. 1976, 1486.

BAUR (F.). - Gestufter Mitbesitz am Brief bei Teilgrundpfandrechten, N. J. W. 1967, 22.

- note sous L. G. Tübingen 15 juillet 1964, J. Z. 1965, 107.

BEKKER. - Der Besitz beweglicher Sachen, Dogm. J. , 34, p. 1.

- Zur Reform des Besitzrechts, Dogm. J., 30, p. 235.

BERG (H.). - Ansprüche aus dem Eigentümer - Besitzer - Verhältnis, JuS. 1971, p. 522 et 636 ; JuS. 1972, p. 83, 193 et 323.

BIRK (L.). - Bosgläubiger Besitzdiener - gutgläubiger Besitzherr, J. Z. 1963, 354.

BLOMEYER (A.). - Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb, A.c.P.153, 239.

- Das Besitzrecht des Vorbehaltskäufers auf Grund des Kaufvertrags, J. Z. 1968, 691.

BRAXMAIER. - note sous B. G. H. 27 octobre 1971, L. M. § 854, n° 5 et 6.

BROX (H.). - Die Haftung des Besitzers für Zufallsschäden, J. Z. 1965, 516.

CAEMMERER (E.). - Übereignung durch Anweisung zur Übergabe, J. Z. 1963, 586.

- Rechtsvergleichung und Reform der Fahrnisübereignung in Caemmerer gesammelte Schriften, Tübingen, 1963.

DERLEDER (P.). - Zum Herausgabeanspruch des Eigentümers gegen den mittelbaren Besitzer, N. J. W. 1970, 929.

DUDEN (K.). - Note sous B. G. H. 21 mai 1953, J. Z. 1954, 40.

DUFFEK (H.). - Einstweillige Verfügung gegen verbotene Eigenmacht, N. J. W. 1966, 1345.

EICHLER (H.). - Die Konkurrenz der vertraglichen und deliktischen Haftung im deutschen Recht, A.c.P. 162, 401.

EWALD (O.). - Der Rückerwerb des Nichtberechtigten, Dogm. J. 76, 307.

FISCHER (G.). - Note sous B. G. H. 5 février 1975, J. R. 1975, 413.

FLECHTHEIM. - Note sous O. L. G. Naumburg 3 avril 1906, L. Z. 1909, 48.

FRERICHS. - Note sous O. L. G. Hamm 10 juillet 1970, N. J. W. 1970, 2074.

FULD. - Zum Mobiliarerwerb nach bürgerlichem und Handelsrecht, A.c.P. 89, 402.

FURTNER (G.). - Anwendbarkeit des § 864 abs. 2 B. G. B. bei Vollstreckungsschutz, N. J. W. 1955, 698.

GIEHL (F.). - Der gutgläubiger Mobiliarerwerb, Dogmatik und Rechtswirklichkeit, A.c.P. 161, 357.

HAGEN (H.). - Besitzschutzklage und petitorische Widerklage - eine Fehlkonstruction ? JuS. 1972, 124.

- note sous B. G. H. 23 janvier 1970, JuS. 1972, 124.

HEDEMANN (J. W.). - Note sous R.G. 14 novembre 1923, J. W. 1925, 784.

HENKE (H. E.). - Der Vorbehaltskäufer - doppelter Besitzmittler, J. Z., 1959, 202.

HENLE (R.). - Das Recht auf Besitz in Mecklenburgische Zeitschrift für Rechtspflege, Rechtswissenschaft, Verwaltung, Bd. 44, 1928.

HILL. - Note sous B. G. H. 23 janvier 1970, L. M. § 869, n° 1.

HINZE (R.). - Die Amnestie nach dem 2 Bundeswaffengesetz vom 19 September 1972, N. J. W. 1973, 2273.

HOCH (V.). - Note sous B. G. H. 11 juin 1953, N. J. W. 1953, 1506.

HÜBER (E.). - Die Bedeutung der Gewere im deutschen Sachenrecht in Festschrift für Halle Universität, Berne 1894.

HUMMEL (J. D.). - Gleichstufigkeit bei Mitbesitz ?, M. D. R. 1967, 967.

JUNG. - Willensänderung des Besitzmittlers, Das Recht, 1919, 353.

KERN (E.). - Note sous OLG 30 juin 1921, J. W. 1922, 233.

Note sous R. G. 2 juin 1926, J. W. 1926, 2647.

KOETHER-RUCHATZ (I.). - Die Haftung des Minderjährigen auf Schadensersatz nach §§ 989, 990 B. G. B., N. J. W. 1973, 1444.

KOLLER (I.). - Der gutgläubiger Erwerb bei der Übertragung von Miteigentumsanteilen, J. Z. 1972, 646.

KONSTANTIN (S.). - Das besitzlose Pfandrecht, A.c.P. 171, 94.

KRÜCKMANN. - Sachbesitz, Rechtsbesitz, Rechtsschein in der Theorie des gemeinen Rechts, A.c.P. 108, 179.

KUCHINKE (K.). - Note sous B. G. H. 19 avril 1972, J. Z. 1972, 658.

KUHNE (G.). - Note B. G. H. 29 octobre 1969, J. Z. 1970, 187.

LAST (A.). - Fragen der Besitzlehre, Dogm. J. 63, 84.

LEHMANN (H.). - Note sous R. G. 29 juillet 1936, J. W. 1936, 3454.

LENEL (O.). - Stellvertretung und Vollmacht, Dogm. J. 36, p. 1.

LENZ (F.). - Der Rechtsbesitz ausserhalb des B. G. B., Archiv für bürgerliches Recht, 1909, 345.

LETSCHERT (G.). - Der Artikel XII des Kontrollrats-Gesetz 45, N. J. W. 1950, 408.

MANIGK (A.).- Die Voraussetzung des Eigenbesitzes nach § 872 B. G. B., Arch. Bürg. R. 25, 316.

MARTENS (J.). - Eigenbesitz als wirtschaftliches Eigentum, N. J. W. 1962, 1849.

MATTHIESEN. - Note sous R. G. 16 mai 1931, J. W. 1931, 2904.

MEDICUS (D.). - Besitzschutz durch Ansprüche auf Schadenersatz, A.c.P. 165, 115.

- Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS. 1974, 616.

- Note sous B. G. H. 19 juin 1973, JuS. 1974, 221.

MEISNER (G.). - L'opposabilité de la propriété mobilière aux tiers en droit allemand et spécialement de la réserve de propriété, G. P. 1972, 1, 369.

MENGELKOCH. - Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 B. G. B. ?, Dogm. J. 76, p. 53.

MORMANN. - Note sous B. G. H. 5 mai 1971, L. M. § 932, n° 27.

- Note sous B. G. H. 19 avril 1972, L. M. § 97, n° 6.

MÜHL. - Treu und Glauben im Sachenrecht, N. J. W. 1956, 1657.

MULER (W.). - Heimliche Gutglaubenserwerb ?, A.c.P. 137, 86.

MÜLLER-FREIENFELS (W.). - Zur Haftung des Käufers für Nutzungen bei nichtigem Kaufervertrag, Dogm. J. 89, p. 345.

MÜLLER-ERZBACH (R.). - Das Recht des Besitzers aus der vom Gesetz vorausgesetzen Interessen = und Herrschaftsklage entwickelt, A.c.P. 142, 5.

- Der Durchbruch des Interessentenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, Dogm. J. 53, 362.

OBSTFELDER (von). - Zur Besitzausübung durch Treuhänder beim Warenbombardverkehr, Z. H. K. 56, 136.

OLHAUSEN (E.). - Note sous B. G. H. 14 mars 1974, J. Z. 1975, 27.

OSTENDORFF (H.). - Die Rechte des Rundfunk - und Fernsehempfängers bei Störungen durch Hochhäuser, JuS. 1974, 756.

PETERS (C.). - Die Ansprüche aus dem Eigentum, A.c.P. 153, 454.

PICKER (E.). - Gutgläubiger Erwerb und Bereicherungsausgleich bei Leistungen im Dreipersonenverhältnis, N. J. W. 1974, 1790.

PINGER (W.). - Die Rechtsnatur der §§ 987-1003 B. G. B., M. D. R. 1974, 185.

- Die Nebenfolgen der Vindikation im Anspruchssystem, J. R. 1973, 268.

POTRYKUS (G.). - Das neue Waffengesetz, N. J. W. 1973, 89.

PRZIBILLA (E.). - Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter, Dogm. J. 50, 323.

RAAPE (L.). - Note sous R. G. 12 décembre 1927, J. W. 1928, 497.

- Gebrauchs - und Besitzüberbelassung, Dogm. J. 71, 97.

RAISER (L.). - Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, J. Z. 1961, 529.

- Note sous B. G. H. 9 février 1960, J. Z. 1961, 24.

REBE (B.). - Zur Ausgleichsfunktion vom § 935 B. G. B. zwischen Vertrauensschutz und Eigentümerinteressen beim gutgläubigen Mobiliarerwerb, A.c.P. 173, 186.

REGELSBERGER. - Über Besitzerwerb durch Mittelspersonen, Dogm. J. 44, p. 393.

- Der sogenannte Rechtserwerb vom Nichtberechtigten, Dogm. J. 47, 339.

- Der gerichtliche Besitzschutz Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen zum Universitätsjubiläum, 1907.

RIETSCHEL. - Note sous B. G. H. 30 octobre 1961, L. M. zu § 932, n° 18.

RÖHL (K. F.). - Zur Abgrenzung der groben von der einfachen Fahrlässigkeit, J. Z. 1974, 522.

ROSENBERG (L.). - Note sous R. G. 25 janvier 1921, J. W. 1921, 1246.

RÜMELIN (M.). - Das Handeln in fremdem Namen im B. G. B., A.c.P. 93, p. 131.

SCHANTZ (A.). - Misstrauenschutz ? Zur Rechtsprechung des Reichsgerichts über Eigentumsvorbehalt und gutgläubigen Dritterwerb, A.c.P. 142, 67.

SCHERK (M.). - Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache, Dogm. J. 67, 301.

SCHLECHTRIEM (P.). - Zivilrechtliche Probleme des Kraftfahrzeugbriefs, N. J. W. 1970, 2088.

SCHMELZEISEN. - Die Relativität des Besitzbegriffs, A.c.P. 136, p. 38 et 129.

SCHMIDT (K.). - Note sous B. G. H. 5 février 1975, JuS. 1975, 464.

- Note sous 23 avril 1975, JuS. 1975, 596.

SCHMITZ (G.). - Grundfälle zum Eigentumserwerb an beweglichen Sachen, JuS. 1975, p. 447, 572 et 717 ; JuS. 1976, 169.

SCHNEIDER (E.). - Fragen des Besitzschutzes, J. R. 1961, 367.

SCHÖNFELD (F.). - Verwendungsansprüche des Werkunternehmers bei Unwirksamkeit des Werkvertrages, J. Z. 1959, p. 301.

SCHWERDTNER (P.). - Note sous B. G. H. 27 octobre 1971, J. R. 1972, 115.

SEELER (W.). - Zur Lehre vom Mitbesitz, Dogm. J. 44, 363.

SIEBERT (W.). - Note sous R. G. 5 mai 1936, J. W. 1936, 2452.

SPIESS. - Note sous O. L. G. Naumburg 3 avril 1906, L. Z. 1908, p. 690.

STEINDORF (E.). - Note sous B. G. H. 29 janvier 1969, J. Z. 1970, 105.

- Note sous B. G. H. 26 mai 1967, J. Z. 1968, 69.

STOLL (H.). - Bemerkungen zu Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, in Zeitschrift für der gesamte Handelsrecht und Wirtschaft, 1965, p. 128.

STROHAL (E.). - Der Sachbesitz nach dem B. G. B., Dogm. J. 38, p. 1.

STURM (F.). - Bringt die französischen Bodenregisterreform eine Annäherung an das deutsche Grundbuchrecht ?, in Festschrift für H. Fischer, Frankfurt - Berlin, 1967.

TUHR (A. von). - Zur Lehre der Anweisung, Dogm. J. 48, p. 45.

WALDE (E.). - Die Übergrabe auf Geheiss und der rechtsgeschäftliche Erwerb des Mobiliareigentums, J. Z. 1974, 689.

WALTJEN (D.). - Das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis und Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, A.c.P. 175, 109.

WEBER. - Note sous R. G. 16 mai 1931, J. W. 1931, 2782.

WEIMAR (W.). - Die Vererblichkeit des Besitzes, M. D. R. 1965, 109.

- Der Eigentumserwerb an abhanden gekommener Sache, M. D. R. 1965, 970.

- Das obligatorische Recht zum Besitz einer Sache, M. D. R. 1966, 902.

- Zur Vererblichkeit des Besitzes, M. D. R. 1969, 282.

- Gutgläubiger Erwerb vom und Leistungen an dem Besitzdiener, M. D. R. 1971, 24.

- Rechtsfragen zu Besitz - und Eingentumsverschaffung, M. D. R. 1970, 388.

WEITNAUER (H.). - Die bewusste und zweckgerichtete Vermehrung fremden Vermögens, N. J. W. 1974, 1729.

WENDT (O. von). - Der mittelbare Besitz des bürgerlichen Gesetzbuches, A.c. P. 87, p. 40.

- Erwerb von einer Nichtberechtigten, A.c.P. 89, p. 1.

- Besitz und Besitzwille in Festschrift für die juristische Fakultät in Giessen, 1907, p. 77.

WESTERMANN (H.). - Probleme der Sicherungsübereignung von Warenlagern, N. J. W. 1956, 1297.

WEYER (T.). - Schutz des Eigentumsvorbehalt und gutgläubiger Erwerb an beweglicher Sachen, N. J. W. 1966, 959.

WIEACKER (F.). - Note sous B. G. H. 14 juillet 1956, J. Z. 1957, 58.

WIEGAND (W.). - Der gutgläubige Erwerb beweglicher Sachen nach §§ 932 B. G. B., JuS. 1974, 201.

- Fälle des gutgläubigen Erwerbs ausserhalb der §§ 932 B. G. B., JuS. 1974, 545.

- Der öffentliche Glaube des Grundbuchs, JuS. 1975, 204.

WIELING (H. S.). - Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vetragsverhältnissen, A.c.P. 169, 137.

- Zur Dogmatik des Schadensersatzes im Eigentümer - Besitzer - Verhältnis, M. D. R. 1972, 645.

WIESER (E.). - Der Sachedemersatzanspruch des Besitzers aus § 823 B. G. B., JuS. 1970, 557.

- Zum Schademersatzanspruch des nichtberechtigten Besitzers N. J. W. 1971, 597.

WÖHRMANN. - Die ungeregelten Nachlässe nach Art. XII K. R. G. n° 45, A.c.P. 151, 43.

WOLFF (Manfred). - Die Verwendungsersatzansprüche des Besitzers im Anspruchssystem , A.c.P. 166, 188.

WOLFF (Martin). - Der Mitbesitz nach dem Rechte des B. G. B. für das deutsche Reich, Dogm. J. 44, p. 143.

- Das Recht zum Besitz in Festgabe der Juristische Gesellschaft zu Berlin für R. KOCH (1903), p. 150.

ZUNFT (F.). - Der Vorbehaltskäufer- doppelter Besitzmittler, J. Z. 1959, 279.

ZWEIGERT . - Rechtsvergleichend - Kritisches zum gutgläubigen Mobiliarerwerb, Rabel. Z. 23, p. 1.

TABLE ANALYTIQUE

DES

MATIERES

Page

INTRODUCTION 17

PREMIERE PARTIE : LA NOTION DE POSSESSION 27

1. Introduction générale et plan.

Chapitre premier : L'appréhension de la possession 29

2. Position du problème et plan.

Section I : La place de la possession 30

3. Plan

§ 1 : La possession en tant qu'institution..... 30

4. Données du problème.

A) Les solutions divergentes du droit français et du droit allemand 31

5. La possession institution autonome ou institution auxiliaire.

6. 1°) La possession institution auxiliaire en droit français..... 31

7. a) Origine du lien de dépendance entre possession et droits réels: le droit romain.

8. Différents types de possession en droit romain.

9. Lien entre possession et propriété.

10. La quasi possession en droit romain.

11. Conclusion : seul un droit réel peut être dépossédé.

12. b) Manifestation du lien de dépendance.

13. Place de la possession dans le Code civil.

14. La loi du 9 juillet 1975.

15. Appréciation critique du système du Code civil.

16. L'article 2228 du Code civil.
17. Les opinions doctrinales.
18. La possession définie comme un pouvoir de fait.
19. La possession définie selon ses effets.
20. La possession définie comme l'exercice de fait d'un droit réel.
21. Conclusion 39
22. 2°) La possession institution autonome en droit allemand 39
23. Rupture avec la conception classique .
24. Notion de Gewere.
25. Influence du droit romain.
26. 1. Place de la possession dans le B. G. B.
27. Le § 854 alinéa 1.
28. 2. Les opinions doctrinales : les conceptions marginales.
29. La définition de la possession retenue par la majorité de la doctrine.
30. Appréciation critique .
31. Conclusion 47

B) La portée de l'opposition entre les deux systèmes..... 47

32. Plan.
33. 1°) L'objet de la possession 47
34. a) Possession d'un droit selon la conception française : origine et manifestation .
35. Conséquences.
36. Conclusion..... 50
37. b) Possession d'une chose en droit allemand.
38. L'ancien droit allemand.
39. Les exceptions légales consacrant une possessio juris.
40 et 41. Les controverses doctrinales.
42. Conclusion 56
43. 2°) Le domaine de la possession..... 56
44. a) En droit français.
45. b) En droit allemand.

46. Conclusion du § 1 60
§ 2 : Possession et situations juridiques voisines 60
47. Délimitation du problème.

A) Possession et Apparence 62
48. Les traits communs.
49. Les oppositions.
50. L'absence de confrontation en droit allemand.

B) Possession et garde 66
51. La garde, fondement de la responsabilité extracontractuelle en droit français.
52. Rapprochement entre le contenu de la garde et celui de la possession.
53. L'opinion de la doctrine allemande.
54. Conclusion du § 2 70
55. Conclusion de la section I 71

Section II : La nature juridique de la possession 71
56. Présentation de la question et plan.
§ 1 : La possession en tant que droit 72
57. Les deux thèses en présence.
A) La possession est un droit réel 73
58. Données du problème.
59. a) Arguments en faveur de cette thèse en France.
60 à 62. Arguments du droit allemand.
63. b) En Allemagne, pérennité de cette thèse malgré les critiques.
64. Abandon de cette thèse en droit français.
65. Conclusion 79

B) La possession est un droit autre que réel 80
66. Introduction.
67. a) La possession est un droit de la personnalité.
68. b) La possession est un droit "sui generis".
69. Conclusion du § 1 82

§ 2 : La possession en tant que fait..... 83.
70. Plan.
A) La possession est un pur fait ..... 83.
71. Analyse de cette thèse en droit français et en droit allemand.
B) La possession est un fait juridiquement qualifié..... 84
72. Les deux conceptions en présence.
73. a) La possession est un fait juridique en droit français.
74. b) La possession est une situation juridique en droit allemand (Rechtsposition).
75. Portée de la notion de "Rechtsposition".
76. Conclusion du § 2 89
77. Conclusion du chapitre premier 89

Chapitre II : La réalisation de la possession 93
78. Introduction et plan.
Section I : Les éléments constitutifs de la possession.... 93
79. Division de la question.
Sous-section I : Le corpus..... 94
80. Présentation de la question.
§ 1 : Les actes matériels du droit français 94
81. Remarques préliminaires.
A) Les controverses doctrinales. 95
82. La thèse de Savigny.
83. L'opinion d'Jhering.
84. La synthèse tentée par Saleilles.
B) Le corpus en droit positif..... 98
85. Position du problème.
86. 1°) Les actes matériels.
87. 2°) Exclusion des actes juridiques.
88. Conclusion du § 1 102
§ 2 Le pouvoir de fait en droit allemand..... 103
89. Les deux opinions en présence.
A) Le pouvoir de fait est un pouvoir de maîtrise..... 104
90. Assimilation de la "Gewalt" à un pouvoir de maîtrise.

91. Critère du pouvoir de maîtrise : recours à "l'opinion du monde des affaires".
92. Appréciation critique.
93. Limites à l'imprécision de la "Gewalt".
B) Le pouvoir de fait est laissé à l'appréciation souveraine du juge 110
94. La thèse dite du "blanc-seing".
95. Appréciation critique.
96. Conclusion du § 2 ..... 112.
Sous-section II : L'animus ..... 113.
97. Présentation et plan.
§ 1 : L'animus domini en droit français..... 114
98. Divisions.
A) La thèse subjective de l'animus domini..... 114
99. L'oeuvre de Savigny.
B) L'animus domini dans le Code civil..... 117
100. Origine et importance du critère subjectif.
§ 2 : L'élément intentionnel en droit allemand 118
101. Divisions.
A) L'absence d'animus domini 118
102. Présentation de la question.
103. 1°) L'apport d'Jhering.
104. L'opinion de Saleilles.
105. 2°) La solution du B. G. B.
B) La nécessité d'un élément intentionnel 122
106. Le B. G. B. ne consacre pas une thèse purement objective.
107. L'influence d'Jhering.
108. Les partisans du rejet de tout élément intentionnel.
109. Nécessité d'un élément intentionnel : la "Besitzwille".
110. Contenu de l'élément intentionnel.
111. Conclusion du § 2 131
112. Conclusion de la section I 131

Section II : La distinction entre possession et détention. 132
113. Introduction - plan.

Sous-section I : Le critère de la détention 133

114. Les deux critères possibles.

§ 1 : L'absence d'animus domini, critère de la détention précaire..... 134

115. Les solutions opposées des droits français et allemand.

A) L'absence d'animus domini, critère de la détention française.....134

116. Le recours traditionnel au critère de l'animus domini.

117. Le recours à l'animus domini ne s'impose pas.

118. Preuve de la précarité et interversion du titre.

B) Le refus allemand de recourir au critère de l'animus domini 143

119. Disparition de la détention précaire.

120. Existence d'une détention subordonnée.

§ 2 : Le corpus, critère de la détention subordonnée..... 145

121. Présentation de la question.

A) Définition du corpus subordonné..... 147

122. Les deux éléments constitutifs.

1°) Le lien de dépendance..... 147

123. Le critère proposé par le § 855 du B. G. B.

124. Le critère d'ordre économique.

125. Préférence donné au critère constitué par le lien de subordination.

126. Les cas de détention subordonnée.

127. Le rôle de la volonté du détenteur subordonné.

2°) La possession pour autrui..... 155

128. La possession pour autrui, conséquence du lien de dépendance.

B) Confrontation du corpus subordonné avec les situations juridiques voisines 156

129. Portée du corpus subordonné.

130. Conclusion du § 2 158

131. Conclusion de la sous-section I 158

Sous-section II : La portée de la détention 159

132. Introduction.

§ 1 : Les effets de la détention communs aux deux législations. 160

133. La détention met en cause l'existence de la possession.

134. La détention n'empêche pas certaines règles possessoires de s'appliquer.

§ 2 : Les effets de l'absence de détention précaire en droit allemand : le dédoublement de la possession 163

135. Présentation générale du mécanisme du B. G. B.

A) Les conditions de la possession médiate 166

136. La nécessité d'une "Besitzmittlungsverhältnis".

137. Les hypothèses de dédoublement de la possession.

138. Les conséquences de la nullité du rapport juridique initial.

139. Conclusion..... 174

B) Les conséquences du dédoublement de la possession 174

140. A l'égard du possesseur médiat.

141. A l'égard du possesseur direct.

142. Conclusion de la sous-section II 178

143. Conclusion générale du chapitre II 179

CHAPITRE III : Les conditions de l'efficacité de la possession. 181

144. Délimitation du problème.

Section I : Détermination des vices de la possession..... 182

145. La position du droit français.

146. Le particularisme du droit allemand.

§ 1 : Les vices affectant la possession 185

147. Problématique.

A) La discontinuité..... 185

148. Est-ce un vice de la possession ?

149. Contenu.

B) L'équivoque..... 188

150. L'équivoque est un véritable vice.

151. Domaine.

C) La clandestinité..... 193

152. Notion.

153. Domaine.

D) La vidence..... 194
154. 1°) En droit français.
155. 2°) En droit allemand.
156. Conclusion du § 1 196

§ 2 : Le vice affectant le possesseur..... 197
157. Spécificité du droit allemand.
A) L'animus domini, condition d'efficacité de la possession.... 198
159. Existence d'un animus domini en Allemagne.
159. Critère.
160. L'animus domini est une qualité de la possession.
B) La détention, vice de la possession 201
161. La détention précaire est un vice.
162. Son domaine.
163. Conclusion du § 2 202

Section II : Portée de l'inefficacité 202
164. Divisions.
§ 1 : Domaine de l'inefficacité..... 203
165. En droit français.
166. En droit allemand.
167. Conclusion du § 1 207
§ 2 : Effets de l'inefficacité 207
168. En France.
169. En Allemagne.
170. Conclusion du § 2 209
171. Conclusion du chapitre III 210

Chapitre IV : L'exercice de la possession 211
172. Introduction.

Section I : Le possesseur 211
173. Les données propres à chacun des deux droits.

§ : La personne du possesseur 212

174. Personne physique ou personne morale en droit français.
175. Les difficultés suscitées en droit allemand par la possession d'une personne morale.
176. Justifications doctrinales pour admettre en droit allemand la possession d'une personne morale.
177. Solutions propres aux sociétés.
178. Conclusion du § 1 217

§ 2 : Les modalités concernant le possesseur 217
179. Problématique.
180. Possesseur unique - possesseur partiel.
181. La copossession : importance en droit allemand.
182. Différents types de copossession en droit allemand.
183. Situations propres au B. G. B.
184. Conclusion du § 2 225

Section II : L'acquisition et la perte de la possession..... 225
185. Introduction.

§ 1 : Acquisition de la possession 226
186. Les différentes possibilités.

A) Acquisition par le possesseur 226
187. Opposition de principe des deux droits.
1°)Le système du droit français 226
188. Nécessité d'une réunion du corpus et de l'animus.
189. Contenu du corpus.
190. Contenu de l'animus domini.
191. Preuve de leur réunion.
2°) Règles du droit allemand 230
192. Spécificité du B. G. B.
a) Acquisition dépendant de l'obtention du pouvoir de fait 231
193. Le mode d'acquisition résulte de la définition de la possession.
b) Acquisition indépendante du pouvoir de fait 232

194. Nécessité de remédier aux difficultés causées par la confusion entre la possession et son mode d'acquisition.
196. § 854 alinéa 2 du B. G. B.
196. § 857 du B. G. B.
197. Conclusion 240
c) Acquisition de la possession médiate 241
198. Acquisition à titre originaire.
199. Acquisition à titre dérivé : § 870 du B. G. B.
200. Conclusion..... 244

B) Acquisition par un tiers..... 244
201. Problématique.
1°) L'intervention d'un tiers en France 245
202. Possession "corpore alieno".
203. Possession "animo alieno" ?
2°) Le rôle des tiers en Allemagne 246
204. Spécificité des règles du B. G. B.
a) Exclusion du mécanisme de la représentation 246
205. Signification et fondement de cette règle.
206. Tempéraments.
b) L'intervention d'un tiers 248
207. Détenteur subordonné.
208. Possesseur intermédiaire.
209. Conclusion du § 1 250

§ 2 : Perte de la possession 251
210. Introduction.

A) Le mécanisme du droit français 251
211. Perte du seul élément corporel, possession "solo animo".
212. Perte du seul animus domini.

B) La solution du droit allemand..... 254
213. Le § 856 du B. G. B.
214. Règles propres à la possession médiate.
215. Conclusion du § 2 259

216. Conclusion du Chapitre IV 259
217. Conclusion de la première partie 260

/ DEUXIEME PARTIE / : LES EFFETS DE LA POSSESSION.

217 bis. - Introduction générale 261

Chapitre premier : La protection possessoire 263

218. Protection de la possession et protection du possesseur.

Section I : La protection de la possession 264
219. Divisions.
Sous-section I : le fondement et le domaine de la protection possessoire 264
220. Plan.

§ 1 : Le fondement de la protection possessoire 264
221. La démarche commune des deux droits.
A) Les controverses doctrinales..... 265
222. L'opposition entre Savigny et Jhering.
223. Contradiction au sein des deux droits.
B) Le double fondement reconnu en droit français et en droit allemand 268
224. Refus de choisir entre les différents fondements.
225. Evolution du droit français depuis la loi du 9 juillet 1975.
226. Conclusion du § 1 271

§ 2 : Le domaine des actions possessoires 271
227. Introduction.
A) Biens meubles et immeubles 272
228. Protection immobilière en droit français.
229. Inconvénients de la solution française.
230. Protection mobilière et immobilière en droit allemand.
B) Biens du domaine public..... 275
231. Analogie des deux législations.

232. Conclusion de la sous-section I 276
Sous-section II : les actions possessoires 276
233. Historique.
234. Plan.

§ 1 : Le trouble possessoire 279
235. Divisions.
A) La notion de trouble possessoire 279
236. Analogie des deux droits.
237. Le trouble en droit français.
238. La voie de fait illicite en droit allemand.
B) Les caractères du trouble possessoire..... 285
239. Divisions.
1° Complainte et dénonciation de nouvel oeuvre..... 285
240. Complainte en droit français.
241. Dénonciation de nouvel oeuvre en droit français.
242. Les deux actions en droit allemand.
2° La réintégrande 291
243. Définition.
244. Nécessité d'une dépossession.
245. La dépossession doit être caractérisée.
3° L'usage légitime de la violence par le dépossédé..... 294
246. Présentation du § 859 du B. G. B.
247. Mécanisme de cette action.
248. Conclusion du § 1..... 298
§ 2 : Les bénéficiaires de la protection possessoire..... 298
249. Problématique.
A) L'opposition traditionnelle du droit français et du droit allemand avant la loi du 9 juillet 1975..... 299
250. Présentation de la situation des deux droits avant le 9 juillet 1975.
1° Les éléments de dissemblance..... 299
251. Divisions.
a) Les conditions tenant à la possession..... 299
252. Nécessité en droit français d'une possession véritable et exempte de vices.

253. Nécessité d'une possession annale.
254. Le droit allemand se contente d'une maîtrise de fait non viciée.
255. Portée du vice en droit allemand.
b) Les conditions tenant au possesseur..... 307
256. Refus du droit français de protéger le détenteur précaire.
257. Protection du détenteur précaire en droit allemand, mais non du détenteur subordonné.
258. Protection du possesseur médiat.
259. Protection du possesseur direct.
260. Protection de la copossession.
261. Protection de la possession partielle.
262. Conclusion 317
2° Esquisse d'un rapprochement entre les deux droits 317
263. Convergence des deux législations.
a) Protection possessoire du détenteur subordonné..... 318
264. Extension de certaines actions possessoires au détenteur subordonné.
b) Protection possessoire du détenteur précaire 319
265. L'oeuvre de la jurisprudence.
266. L'octroi de la réintégrande au détenteur précaire.
267. La réintégrande dans les rapports bailleur-preneur.
268. L'exclusion de la réintégrande des rapports contractuels.
269. Protection des biens du domaine public.
270. Conclusion..... 328

B) L'alignement du droit français sur les solutions allemandes 328
271. Les traits généraux de la loi du 9 juillet 1975.
272. Protection possessoire du détenteur précaire.
273. Appréciation de cette réforme.
274. Nouvelle condition de la protection possessoire.
275. Conclusion du § 2..... 333

§ 3 : La procédure des actions possessoires 333
276. Importance et intérêt des questions procédurales.-Plan.

A) Traits généraux..... 334

277. Compétence.
278. Parties à l'action.
279. Prescription annale.
B) La règle du non-cumul du possessoire et du pétitoire..... 339
280. Origine et fondement de la règle.
1° Signification de la prohibition à l'égard des parties..... 341
281. Application stricte en droit français.
282. Conception plus nuancée en droit allemand.
283. Tempérament apporté à la règle du non-cumul par le droit allemand : le § 864 alinéa 2 du B. G. B.
2° Signification de la prohibition à l'égard du juge..... 350
284. Les obligations du juge français.
285. Les difficultés soulevées par l'examen des titres.
286. La règle du non-cumul ne s'applique pas au juge allemand.
287. Conclusion 354

C) Protection possessoire et action en référé 354
288. Intérêt d'un rapprochement entre les deux institutions en droit français.
289. Obstacle au référé possessoire.
290. Apport du décret du 17 décembre 1973 ; possibilité d'un référé possessoire.
291. Conclusion du § 3 360

§ 4 : La nature juridique des actions possessoires..... 361
292. Divisions.
A) Caractère réel des actions possessoires..... 361
293. En droit français.
294. En droit allemand.

B) Caractère provisoire des actions possessoires..... 364
295. Caractère commun aux deux droits.
296. Conclusion 366

Sous-section III : La protection possessoire indirecte 366

297. Introduction.

§ 1 : Le recours aux règles du droit commun 366
298. Recours plus fréquent en droit allemand.
299. Conséquences.

§ 2 : La protection possessoire de nature pétitoire..... 368
300. Le § 1007 du B. G. B.
301. Traits généraux du § 1007 du B. G. B.

A) Les conditions relatives au revendiquant 372
302. Preuve par le demandeur de l'antériorité de sa possession.
303. Bonne foi.
304. Conséquences de la revendication.

B) La situation du défendeur..... 374
305. Moyens de défense accordés à tout défendeur.
306. Situation privilégiée du défendeur de bonne foi.
307. L'action du § 867 du B. G. B.
308. Conclusion de la section I..... 379

Section II : La protection du possesseur..... 379
309. Introduction.

§ 1 : L'effet probatoire de la possession..... 380
310. Le possesseur, défendeur à l'action en revendication.
311. La possession, mode de preuve de la propriété immobilière en droit français.
312. La possession, mode de preuve de la propriété mobilière en droit allemand.
313. Conclusion..... 385

§ 2 : La protection du possesseur évincé..... 385
314. Introduction.

A) Le remboursement par le revendiquant des impenses faites par le possesseur évincé..... 386
315. Impenses nécessaires.
316. Impenses utiles.
317. Impenses voluptuaires.
318. Dispositions propres au droit allemand.
319. Droit de rétention du possesseur de bonne foi.
320. Conclusion..... 393

B) Les limites de la protection accordée au possesseur évincé..394
321. Recours en droit français aux règles de la responsabilité civile.
322. Règles spécifiques en droit allemand en faveur du possesseur de bonne foi.
323. Responsabilité du possesseur allemand de mauvaise foi.
324. Responsabilité aggravée en cas de possession illicite ou délictueuse.
325. Controverses sur la portée des dispositions particulières du B. G. B. .
326. Conclusion de la section II..... 403
327. Conclusion du chapitre premier..... 404

Chapitre II : La possession, mode d'acquisition des droits réels..... 406
328. Introduction - Plan.

Section I Acquisition de la propriété mobilière..... 406
329. Divisions.
Sous-section I L'occupation..... 407
330. Introduction.

§ 1 : L'appropriation..... 407
331. Définition
332. Domaine.
333. Conditions.

§ 2 : L'invention..... 412
334. Notion.

A) Les épaves..... 412
335. Définition.
1° La situation de l'inventeur..... 414
336. Déclaration de la découverte.
337. Garde du bien trouvé et responsabilité de l'inventeur.
338. Indemnisation de l'inventeur.
2° L'acquisition de la propriété..... 419
339. En droit français.
340. En droit allemand.

B) Le trésor..... 423
341. Définition.
342. Attribution du trésor.
343. Conclusion de la sous-section I 425
Sous-section II L'acquisition "a non domino"..... 426
344. Introduction et plan.

§ 1 : Protection en France et en Allemagne de l'acquéreur "a non domino"..... 426
345. L'article 2279 du Code civil et le § 932 du B. G. B. .

A) La règle "en fait de meubles, la possession vaut titre"..... 427
346. Historique.
347. Double signification.
348. Domaine.
349. Conclusion..... 432

B) Le § 932 du B. G. B..... 432
350. Origine.
351. Portée et domaine.

C) Le fondement de la protection de l'acquéreur "a non domino". 435

352. Le droit français protège l'acquéreur de bonne foi.
353. Le droit allemand se réfère à la théorie de l'apparence.
354. Conclusion du § 1..... 440

§ 2 : Conditions de l'acquisition "a non domino"..... 440
355. Introduction.
A) La possession..... 441
356. Antinomie des deux droits.
1° Possession de l'acquéreur en droit français..... 442
357. Possession matérielle et effective.
358. Possession "animo domini" et exempte de vices.
2° Possession du vendeur et de l'acquéreur en droit allemand... 445
359. La possession du vendeur fonde la bonne foi de l'acquéreur.
360. Situations particulières.
361. Possession de l'acquéreur.
362. Conclusion..... 451

B) La bonne foi..... 452
363. La bonne foi en droit français.
364. Bonne foi et négligence grossière en droit allemand.
365. A quel moment la bonne foi doit-elle exister ?
366. Conclusion..... 461

C) Le juste titre..... 461
367. Inutilité du titre en droit français.
368. Nécessité en droit allemand.
369. Conclusion du § 2 464

§ 3 : Effets de l'acquisition "a non domino"..... 465
370. Problématique.
371. Acquisition de la propriété.
372. Légitimation, en droit français, du procédé de transmission.
373. Recours du propriétaire dépossédé contre l'auteur de la dépossession.
374. Recours du propriétaire dépossédé contre le tiers acquéreur.

375. Conclusion du § 3 472

§ 4 : Revendication des meubles perdus ou volés..... 472
376. L'article 2280 du Code civil et le § 935 du B. G. B.
A) Nécessité d'un dépossession involontaire 474
377. Le vol.
378. La perte.
B) Recours du propriétaire dépossédé..... 476
379. Revendication contre le tiers acquéreur de bonne foi ; sévérité du droit français.
380. L'indemnisation en droit français du tiers acquéreur.
381. Recours du revendiquant qui a dû indemniser le tiers acquéreur.
382. Recours contre le voleur ou l'auteur de la trouvaille.
C) Recours du possesseur évincé..... 483
383. Portée limitée en droit français et en droit allemand.
D) Les régimes particuliers..... 484
384. Particularités propres à certains meubles.
385. Conclusion du § 4 485
386. Conclusion de la sous-section II 486

Sous-section III : L'acquisition de la propriété fondée sur un titre présumé..... 486
387. Introduction.

§ 1 : La présomption du titre de propriété..... 488
388. L'article 2279 du Code civil et le § 1006 du B. G. B.
A) L'article 2279 du Code civil en tant que règle de preuve.... 488
389. Nécessité d'un conflit entre le possesseur et son auteur.
390. Le titre, seul objet de la présomption.
391. Conditions.
B) Le § 1006 du B. G. B..... 493
392. Traits généraux.
393. Le § 1006 du B. G. B. consacre une présomption du titre de propriété.
394. Conditions.

§ 2 : La situation du revendiquant..... 497
396. Les différentes possibilités offertes au revendiquant.

A) Renversement de la présomption..... 497
396.Preuve d'un vice de la possession.
397. Preuve de l'absence de titre.
398. Preuve de l'acquisition frauduleuse de la possession.

B) Actions offertes au propriétaire..... 500
399. Action personnelle en restitution.
400. Action en revendication.
401. Conclusion de la sous-section III 502

Sous-section IV : La prescription acquisitive mobilière 503
402. Introduction.

§ 1 : Les intérêts d'une prescription acquisitive mobilière.... 503
403. Utilité restreinte en droit français.
404. Nécessité en droit allemand.

§ 2 : Les modalités de la prescription acquisitive en droit allemand..... 507
405. Possession "animo domini" et bonne foi.
406. Inutilité d'un titre.
407. Prescription décennale ; interruption et suspension.
408. Jonction des possessions.
409. Effets de la prescription acquisitive.
410. Conclusion..... 516

Section II : Acquisition de la propriété immobilière 517
411. Introduction.

§ 1 : Opportunité d'une prescription acquisitive immobilière... 520
412. Spécificité des deux législations.

A) Livre foncier et prescription acquisitive 521

413. Incompatibilité des deux institutions ; inutilité d'une prescription acquisitive en cas d'acquisition "a non domino" : § 892 du B. G. B.
414. Première exception : prescription acquisitive en conformité avec les inscriptions du livre foncier : § 900 du B. G. B.
415. Deuxième exception : prescription acquisitive contre les mentions du livre foncier : § 927 du B. G. B.

B) Les intérêts d'une prescription acquisitive en droit français.....524
416. Usucapion et preuve du droit de propriété.
417. Usucapion et acquisition "a non domino".
418. Conclusion 525

§ 2 : Conditions de la prescription acquisitive 525
419. Introduction.

A) La prescription trentenaire.....526
1° Le système allemand 526
420. § 900 du B. G. B. : prescription renforçant les mentions du livre foncier.
421. § 927 du B. G. B. : prescription renversant les mentions du livre foncier.
422. Conclusion 529

2° Les modalités du droit français 529
423. Domaine de l'usucapion.
424. Nécessité d'une possession utile, animo domini et exempte de vices.
425. Délais : trente ans.
426. Interruption.
427. Suspension.
428. Conséquences.

B) L'usucapion abrégée en droit français.....541

429. Principe.
430. Nécessité d'un juste titre.
431. Le possesseur doit être de bonne foi.
432. Délais : dix à vingt ans.
433. Jonction des possessions.
434. Conclusion 552

§ 3 : Effets de l'usucapion 552
435. Acquisition de la propriété.
436. Acquisition facultative.
437. Possibilité de renoncer au bénéfice de la prescription.
438. Prescription acquisitive et imprescriptibilité du droit de propriété ; maintien des actions personnelles appartenant au propriétaire dépossédé.
439. Conclusion de la section II 558

Section III : Acquisition des fruits et revenus 559
440. Introduction.

§ 1 : Principe d'acquisition commun aux deux législations 560
441. Difficultés en droit allemand tenant à la définition des fruits et revenus : absence de distinction entre fruits et produits.
442. Rétablissement de la distinction pour consacrer le droit du possesseur aux fruits, mais non aux produits.
443. Définition des fruits et revenus en droit français.
444. L'article 549 du Code civil.

§ 2 : Les conditions de l'acquisition des fruits et revenus 564
445. Conditions dans lesquelles interviennent l'article 549 du Code civil et le § 993 du B. G. B. .
446. Définition de la bonne foi en droit français.
447. La bonne foi en droit allemand.
448. Obligation de restitution en cas de défaillance des conditions.

449. Conclusion..... 573
450. Conclusion du chapitre II 573
CHAPITRE III : La possession et la création d'une situation juridique nouvelle..... 575
451. Introduction.
Section I : Transfert de la possession et transfert de la propriété..... 576
452. Opposition de principe du droit français et du droit allemand.
§ 1 : Possession et transfert instantané de la propriété en droit français..... 676
453. La règle de l'article 1138 du Code civil.
454. Les fausses incertitudes dues à l'article 1141 du Code civil.
§ 2: Possession et tradition des meubles en droit allemand..... 579
455. Distinction entre acte causal et acte abstrait.
456. Le § 929 du B. G. B. : nécessité d'une tradition du meuble.
457. Première atténuation : la "traditio brevi manu".
458. Seconde atténuation : le constitut possessoire (§ 930 du B. G. B.).
459. Troisième tempérament : la cession de l'action en restitution (§ 931 du B. G. B.).
460. Conclusion de la section 1..... 587
Section II : Possession et contrat réel..... 588
461. Théorie des contrats réels en droit français.
462. Particularisme du droit allemand.
463. Rôle de la possession.
464. Conclusion..... 593
465. Conclusion du chapitre III 593
466. Conclusion de la deuxième partie 594
467 à 470 : CONCLUSION GENERALE 597

VU :

Strasbourg, le

Le Président de la Thèse :

VU :

Strasbourg, le

Le Président de l'Université
des Sciences juridiques, poli-
tiques, sociales et de technologie :